



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***  
**DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**MÁRCIA REGINA DE OLIVEIRA VIEIRA DA SILVA**

**CLÁUSULA ABUSIVA NO CONTRATO DE ADESÃO**

**Salvador**  
**2019**

**MÁRCIA REGINA DE OLIVEIRA VIEIRA DA SILVA**

**CLÁUSULA ABUSIVA NO CONTRATO DE ADESÃO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito  
como requisito parcial para a obtenção de grau de  
Especialista em Direito Processual Civil.

**Salvador  
2019**

**MÁRCIA REGINA DE OLIVEIRA VIEIRA DA SILVA**

**CLÁUSULA ABUSIVA NO CONTRATO DE ADESÃO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, 07/03/2019

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico a Deus por ter guiado os meus passos ter me dado forças para seguir com sabedoria nessa longa jornada. Aos meus pais José Roque e Marileusa, exemplos que seguirei eternamente, agradeço aos meus amados irmãos, aos meus sobrinhos, obrigada, Eu amo vocês. A minha querida e amada filha, extensão de mim, minha semente, razão de minha luta para tornar-me um espelho e exemplo dedico tudo o que sou e todo o meu amor. Deus te abençoe! Eu te amo. Ao meu amado esposo Cláudio, obrigado pela força, carinho e compreensão. Amo você. A minha queridíssima madrinha dos estudos. A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que contribuíram na minha formação acadêmica.

“A família emerge como o local para as lutas entre a tradição e a modernidade, mas também uma metáfora para elas.” (GIDDENS, 2000)

## RESUMO

O presente trabalho científico ressalta as relações civis estabelecidas por contratos, analisando, sobretudo, os contratos de adesão como mecanismo utilizado para pactuar relações de consumo, observando-se a presença de cláusula abusiva, o tratamento jurídico das mesmas. Para além, o impacto da evolução histórica dessa espécie contratual para a formalização de negócios, levando em consideração as ponderações doutrinárias desenvolvidas ao longo do tempo, sem desprezar o estudo comparativo da matéria em razão das alterações legislativas, o regramento do tema pelo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, bem como, as implicações práticas, tendo em vista a exteriorização dos pactos no ordenamento jurídico, sendo submetido as diretrizes aduzidas na Constituição Federal. Por fim, cabe considerar o posicionamento da jurisprudência, consolidando o reconhecimento da cláusula abusiva, efetivando a proteção ao consumidor e ressaltando sua condição de hipossuficiência em relação ao estipulante contratual. Busca-se pois, tratar dos aspectos mais relevantes do tema, encontrando na pesquisa bibliográfica a fonte para resguardar os argumentos tecidos e os posicionamentos adotados. Diante disso, fez-se importante averiguar o direito pátrio como regulador das relações humanas e negociais, capaz de impor limites a liberdade de dispor da vontade de contratar, de sorte que, ainda que não se revista de uma complexidade formal típica de algumas espécies de pacto negocial, ainda assim, a presença de elementos essenciais (sujeitos capazes de consentir a vontade de contratar, objeto lícito, possível e determinável e por fim atender aos formalismos da lei) é imprescindível para a existência perfeita do negócio jurídico. Vale destacar que a autonomia da vontade, ponto relevante quando se trata da disciplina de contratos, por ser princípio dos mesmos, resta mitigada diante do controle normativo, quando persiste abuso por uma das partes para prevalecer interesses em desfavor da outra parte.

Palavras-chave: contratos, negócio jurídico, consentimento, cláusulas abusivas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO</b> .....	10
2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS DE ADESÃO NA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL .....	10
2.2. CONCEITO DOUTRINÁRIO E A TRATATIVA LEGAL DESTA ESPÉCIE CONTRATUAL .....	23
<b>3. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO: CLAÚSULAS ABUSIVAS INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	30
3.1. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL ACERCA DAS CLAUSULAS ABUSIVAS E A PREVISÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	47
<b>CONCLUSÃO</b> .....	69
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	71

## INTRODUÇÃO

A presente monografia, baseia-se no estudo jurídico, cujo tema já evidencia, consiste em traçar um panorama das inovações e reflexos, no contrato de adesão inserto no artigo 422 do Código Civil, frente as cláusulas abusivas tratadas no Código de Defesa do Consumidor. Essencialmente, quer se mostrar a evolução sentida pelo Direito Civil com a inclusão de normas de caráter social, oriundas de uma profunda transformação social, econômica e política desencadeada com a revolução industrial, resultando suntuosa alteração da base axiológica da teoria contratual.

Com o crescimento da sociedade de consumo, surge a necessidade de contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas, de sorte a agilizar o comércio. De forma que, as tratativas contratuais passaram a exigir dinâmica para aperfeiçoar os negócios jurídicos.

Seguindo a tendência de constitucionalização de todos os ramos do direito, o Código Civil deixou de ser o principal diploma legal para dar, assim, lugar à Constituição Federal, não suficiente, ainda observa com coerência as disposições em leis avulsas, como é o caso do CDC. Deste modo, o texto constitucional passou a definir princípios relacionados a temas antes exclusivamente da legislação civil, cuja principal função foi a de integrar e conformar a legislação ordinária à Carta Magna.

A adoção dos princípios constitucionais, trouxeram como vantagem a possibilidade de adaptação das normas às novas necessidades da coletividade, deixando de ser apenas mecanismos supletivos, para adquirirem a função de fonte de direito.

Pretende-se, aqui, analisar as figuras dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas do contrato, contrapondo-os as proteções ao consumidor, procurando, a partir de sua função, entender os pactos de adesão e as cláusulas gerais como importantes instrumentos de efetivação das relações contratuais no contexto de uma sociedade complexa e de um capitalismo massificado.

No capítulo inicial, elabora-se o tema de forma a descrever a evolução histórica dos contratos, sua importância para disciplinar os negócios jurídicos, bem



como, reservando espaço para as considerações da doutrina acerca do conceito, aspectos próprios, elementos caracterizadores.

Por conseguinte, surge a necessidade de tratar das cláusulas abusivas, tendo por base sua definição legal, como o ordenamento jurídico oferece suporte para o contratante prejudicado pelo acordo excessivamente oneroso, de sorte que, não escapa a análise da mais vasta produção bibliográfica que tece profundos comentários ao tema, expondo sua relevância e a efetividade dos valores aduzidos na Constituição, como por exemplo a função social do contrato, que não impede a livre contratação, mas a mitiga no instante em que se propõe limitar a possibilidade de avenças, para preservar a coerência do sistema jurídico como um todo.

O último capítulo se ocupa da incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de adesão, a prevalência da proteção dos interesses daquele que não pode discutir os termos do contrato, pactuando nos termos pré-formulados pela outra parte. Ainda cuida de analisar a posição da jurisprudência, tendo em vista os novos aspectos gerais que alcançam o direito privado, sobretudo inaugurados pela CF.

Saliente-se pois, que os levantamentos foram suficientes, para continuar retratando a dinâmica das relações sociais, traduzidas em negócios jurídicos pactuados, ainda que na simplicidade do dia a dia, alcançando a todos, dessa forma, enquanto a legislação cuida de disciplinar a ordem, cabe ao conhecimento efetivá-lo como mecanismos de materialização dos direitos, pois que, os indivíduos emancipados das suas garantias, conseguem alcançar em plenitude os objetivos da proteção legal, seja nas relações de consumo, ou demais relações contratuais estabelecidas, com a certeza de que figura como capaz manejar seus interesses e ainda que esteja em disparidade, será socorrido por normas protetivas.

## 2. OS CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

### 2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS DE ADESÃO NA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL

O contrato é quem cria o vínculo jurídico estabelecido a partir da manifestação de vontades para alcançar objetivo comum. Inicialmente cumpre destacar que o conceito de contrato está intimamente ligado a concepção social e econômica que o instituto transmite.

Conforme ensina Ferreira (2008, p. 11):

Nas antigas e primitivas civilizações é possível verificar a existência de contratos. Isso porque nessa época remota da história o homem já vivia em comunidade com seu semelhante. Nesse tempo, o direito primitivo se estabelecia pelo costume e tradições chamados de leis consuetudinárias, estas regulavam os contratos e eram concebidos naquele tempo como acordos realizados, ou seja, verdadeiros pactos. Tal situação ocorria mediante as condições que o homem se deparava e diante das dificuldades que enfrentavam.

Neste sentido, enquanto sinônimo de ajuste, o acordo entre indivíduos é uma das principais fontes das obrigações.

Clóvis Beviláquia (1916, p. 245), conceitua o contrato como sendo “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

Judith Martins-Costa (1992, p. 127-154), observa que o contrato no direito romano:

[...] era visualizado como um vínculo objetivo, mais propriamente servindo para designar as consequências do acordo, vale dizer, a vinculação obrigacional daí decorrente, e não como a manifestação de vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade e autodeterminação individual: nada mais distante, portanto, da concepção subjetiva ou voluntarista acolhida no primeiro código moderno, o Code Napoléon, ao qual subjazia o brocardo ‘qui dit contractuel dit juste’, com a força de uma verdade indiscutível, colocado aí, em primeiro plano, o aspecto subjetivo do indivíduo.

Aliás, para Maria Helena Diniz (2008, p. 30):

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

Na concepção de Orlando Gomes (2007, p. 10), “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

A evolução contratual foi reflexo da exigência de uma nova postura dos tratos negociais, fruto das transformações naturais que ocorrem na sociedade continuamente, assim, cabe perfeitamente o que dispõe Venosa (2003, p. 383):

As práticas medievais evoluem para transformar a stipulatio romana na traditio cartae, o que indica a entrega de um documento. A forma escrita passa, então, a ter predominância. A influência da Igreja e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vêm enfatizar o sentido obrigatório do contrato. Os costumes mercantis dinamizam as relações e tendem a simplificar as formas contratuais. Com a escola do direito natural, assimilam-se os pactos convenções aos contratos.

Nesse contexto, inteligentemente expõe Almeida (2016, p. 1):

Observe que no Direito Romano o contrato era instrumento para criar obrigações e não para modificá las ou extingui las. Para essas operações utilizava se dos pactos, pacta adiecta. A pacta adiecta gerava obrigação civil, mas a sua oposição não se dava pela actio e sim pela exceptio. Caso o credor exercesse o contrato pela actio desconsiderando o pactuado na pacta adiecta o devedor poderia opor a essa actio pela exceptio.

No direito os princípios tem papel de destaque enquanto diretrizes para entender o intuito da lei, bem como exprimir da mesma todo seu potencial para efetivar o direito material. Nesta senda, conclui Angélica Santana (2016, p. 1):

Para o Direito existem alguns princípios pelo qual, podemos destacar como base fundamental para estabelecer um equilíbrio justo na elaboração de um contrato. As partes são livres para estipular o formalismo do contrato, desde que não seja de uma forma ilícita, sendo que uma parte lhe propõe a proposta e a outra a aceita, com o aceite, estará formado o contrato.

Em suma, a validade do ajuste pressupõe: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma escrita ou não defesa em lei. Dessa premissa decorre vários apontamentos. Incidindo, pois, os princípios da autonomia da vontade, supremacia da ordem pública e obrigatoriedade do contrato.

Para Orlando Gomes (1997, p. 39), a autonomia da vontade privada é a “esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência”.

Nas palavras de Angélica Santana (2016, p. 1) encontramos o seguinte entendimento:

No princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a se ligar contratualmente, só fazendo o que achar conveniente. Importante lembrar que nesse princípio as partes são livres para expressar sua vontade desde que não afronte leis de ordem públicas e os bons costumes.

Orlando Gomes ainda diz: “se a autonomia privada é o poder de autodeterminação, o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de auto determinação se concretiza”.

Em última análise, a vontade do indivíduo devidamente expressa é o meio capaz de gerar efeitos no mundo jurídico. Tal ideia corrobora o pensamento humanista de que nada deriva senão do homem, e que foi responsável por revestir em tamanha importância à vontade, no caso a manifestação dela, como elemento que constitui o contrato.

A partir desse ponto, foi assegurada a liberdade de dispor conforme os interesses econômicos, presumindo-se existir uma igualdade de condições entre os indivíduos de forma a estabelecer a possibilidade de se auto determinar livremente como bem lhe aprouver.

A consequência disso, foi a conclusão lógica de que a junção de duas vontades formavam o consentimento, uma vez que se duas pessoas livres e iguais disporem, eis que podem legitimar esse objetivo comum. Ao contrário, se uma das partes esbarra em restrição a uma outra vontade autônoma e igual, está pois limitada. De sorte que, assim surge o consentimento, da união de duas vontades, formando uma “maior”, esta pois, real fundamento da obrigatoriedade.

Assim, para Cesar Fiuza (2009, p.406):

O princípio do consensualíssimo dita considerarem-se os contratos celebrados, obrigando, pois, as partes, no momento que estas cheguem a um consenso, na conformidade com a Lei, sendo dispensado qualquer formalidade adicional. Este Princípio é a regra geral, sendo, entretanto, limitados por várias exceções, quando a Lei exige formalidades extras para alguns contratos.

Quanto a força obrigatória, Enzo Roppo (1947, p. 34):

Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: “pacta sunt servanda”. Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que não se frustrem as previsões e os cálculos dos operadores.

Ainda cabe tecer comentários acerca dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, que serão tratados a seguir em momento oportuno. Por hora, passa-se a análise histórica do contrato de adesão, levando em conta todo conteúdo de contrato enquanto conceito geral, princípios e características, como premissa essencial para tratar do contrato em espécie e da evolução da teoria contratual que coaduna com o desenvolvimento do trato legal e sociocultural do contrato de adesão ao longo do tempo.

Sabe-se que a Revolução Industrial que ocorreu na Europa nos séculos XVIII e XIX, marcou o início de uma nova forma de organização da sociedade. A principal particularidade dessa revolução foi a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso das máquinas. Não obstante, promoveu uma mudança nas relações comerciais, tendo em vista que a produção em massa inaugurou a necessidade do consumo massificado, conseqüentemente, alterou a dinâmica das relações negociais.

Ora, se os negócios eram pactuados de acordo com as peculiaridades existente e regidos por uma infinidade de procedimentos, com esse novo processo de industrialização e comercialização, seria inevitável que as contratações também acompanhassem as exigências céleres da circulação da produção. De sorte que, tal cenário remonta o momento histórico em que se pode analisar os contratos sob uma nova ótica.

Na concepção da teoria clássica de contratos, a autonomia da vontade tem destaque como elemento essencial. De sorte que as partes dispunham de liberdade para contratar, concretizando a máxima de que o contrato faz lei entre as partes. Isso porque, para Rousseau a livre convenção entre os indivíduos permite que o plano jurídico, discipline as relações privadas de forma supletiva ao pactuado.

Neste prisma, destaca-se as palavras de Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 39):

A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse

comum interesse que deve ser governada a sociedade. Digo, portanto, que, não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder, não a vontade. Com efeito, se não é impossível que uma vontade particular concorde em alguma coisa com a geral, impossível é ao menos que seja durável e constante essa harmonia. Porque a vontade particular tende por sua natureza às preferências, e a vontade geral à igualdade, e ainda é mais impossível que haja uma garantia dessa consonância, até devendo ela sempre existir, efeito não de arte, mas fortuito.

A postura desse Estado mínimo privilegiava a não interferência nas relações privadas. Assim, conforme Paulo Luiz Neto Lobo (1995, p. 44):

O modelo liberal e tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito.

O contrato, de acordo com a concepção liberal é um instrumento através do qual se busca a satisfação de interesses e que envolve necessariamente e vontade livre das partes. Outrossim, esse entendimento está baseado em postulados ideológicos da classe burguesa, de tal sorte que muito favoreceu o desenvolvimento capitalista do século XIX. Esse panorama constitui o que se chama de “teoria clássica do contrato” e vem seguido pela forma individualista e formalista de conceber as relações sociais.

Nas palavras de Roppo (2009, p. 35):

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas (*sic*) de vez em quando realizadas sob a forma contractual (*sic*). Considerava-se e afirmava-se, de facto (*sic*), que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto (*sic*) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes (*sic*), que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do <<antigo regime>>, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes (*sic*) consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contractual>> (*sic*) equivale a dizer <<justo>> (<<*qui dit contractuel dit juste*>>).

Nesse sentido, faz-se imperioso ilustrar as palavras de Paulo Nalin (2003, p. 109):

O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, a sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade e o contrato definido como instrumento de sua convalidação [...]

Nesse diapasão, a liberdade e igualdade enquanto bem valorado de forma legal era garantida sem elevá-lo a direito material, uma vez que, aos cidadãos livres e iguais, não era preservado a equiparação patrimonial para contratação, sendo a liberalidade contratual absoluta. Cabe pois, trazer à baila os ensinamentos de Francisco Serrano Martins (2004, p. 1):

A liberdade naquela época foi posta como uma espécie de remédio para todos os males, cabendo ao direito dar forma a esse espírito individualista, criando, assim, a concepção tradicional de contrato, fundada na igualdade, na liberdade individual e no dogma da autonomia da vontade. As partes, na relação contratual, tinham posições de igualdade perante o direito, ou seja, podiam discutir individual e livremente as cláusulas do acordo de vontades. Tal preceito surgiu como espinha dorsal do sistema capitalista, já que o contrato se mostrou um instrumento jurídico eficaz e capaz de proporcionar a circulação de riquezas na sociedade.

Na concepção de Venosa (2003, p. 385):

A sociedade contemporânea, doutro lado, é imediatista e consumista. Os bens e serviços são adquiridos para serem prontamente utilizados e consumidos. Rareiam os bens duráveis. As coisas tornam-se descartáveis. A economia de massa é levada pela mídia dos meios de comunicação. O que tem valor hoje não terá amanhã e vice-versa. Nesse contexto, cumpre ao jurista analisar a posição do contratante individual, aquele que consegue, na sociedade capitalista, ser ao mesmo tempo a pessoa mais importante e, paradoxalmente, mais desprotegida na relação negocial. A ingerência do direito público nesse relacionamento não retira do campo do direito privado esse exame.

O desenvolvimento do liberalismo e do capitalismo, como já defendido, contribuiu para a intensificação das relações contratuais de massa, sendo pertinente, porém, analisar essa conjuntura, ainda, sob os ensinamentos de Fiuza e Bruno Giordano (2002, p. 26):

[...] assim, todos os pensamentos jurídicos e filosóficos que demandavam maior autonomia aos indivíduos, encontraram eco nas exigências do capitalismo nascente. Foi o encontro das concepções que proclamavam que os homens nasciam livres e iguais, que essa liberdade e igualdade eram da essência do homem e que esses eram conceitos abstratos, independentes da

real condição em que os homens eventualmente se encontrassem, com as necessidades econômicas de produção e circulação de riquezas.

Pela teoria clássica dos contratos, temos então o conceito deste, assim definido à luz dos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2005, p. 75):

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

Ainda vale defender o que expõe Orlando Gomes (1999, p. 14):

Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Deste modo, a preocupação do Estado em estabelecer marcos regulatórios para as relações privadas é algo bem recente no plano jurídico, isto porque, a ascensão do paradigma social do Direito mudou o panorama do tratamento legal do contrato de adesão, pois:

Verificou-se que tal tipo de contratação se prestava a crescer o poderio econômico da parte mais forte através da inserção de cláusulas caracterizadas como abusivas, sem que se tivesse em mãos o critério seguro e objetivo para a aferição do abuso de direito. Acentua-se, de um lado, a necessidade de tais contratos, como meio de assegurar a eficiência e rentabilidade da ação empresarial, e, de outro lado, a indispensabilidade de garantir-se a proteção à parte mais fraca. Prensado por tais exigências, decorrentes da própria evolução da sociedade neocapitalista (neoliberal), o contrato de adesão modificou-se no correr do tempo, passando de uma forma por assim dizer “selvagem” a uma configuração civilizada, decorrente da atuação do poder econômico privado (Fonseca, 1998: 32-33).

Defendeu-se por tanto, com a expansão comercial, na nova roupagem do mundo globalizado, que a forma mais adequada para fazer com que as relações contratuais se ampliem com a rapidez necessária ao Paulo Nalin (2001, p. 115):

Jamais, para fins de enquadramento ou de adaptação, o contrato de adesão se adequaria ao contrato descrito no Código Civil, haja vista a ausência, completa e absoluta, de exercício de liberdade contratual. Tal fato se revela ainda mais forte na medida em que esteja o aderente diante de um bem da vida, em mercado oligopolizado ou monopolizado.

Renan Kfuri (2008, p.1) estende o tema, fazendo um parâmetro dos contratos com o mundo globalizado:

Os contratos de adesão retratam a realidade de um mundo globalizado, pois seus termos são previamente conhecidos, uniformes, reduzem custos e racionalizam as atividades mercantis. Não se pode dizer que a cláusula abusiva seja uma consequência lógica do contrato de adesão. Mas também



indisfarçável que o contrato de adesão é território propício para o surgimento das cláusulas abusivas, já que o fornecedor tende sempre a querer assegurar sua posição, colocando condições que romperão com a boa-fé e o equilíbrio entre as prestações de cada parte. O CDC enquadra o contrato de adesão pela desvantagem do mutuário/contratante que tem reduzida a possibilidade de discutir sobre as grandes cláusulas apresentadas que lhes são apresentadas prontas para assinar. Assim, o artigo 51 do CDC prevê a nulidade das cláusulas abusivas contidas no contrato de adesão, suscetíveis de revisão através do Poder Judiciário.

Insta salientar os ensinamentos de Maria Bernadete Miranda (2008, p. 2):

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.

O surgimento da teoria contratual moderna deu-se pela intervenção estatal nas relações privadas, para limitar a autonomia da vontade das partes, sobretudo, estabelecendo restrição ao exercício da liberdade contratual. Dessa forma, pode-se afirmar que há um processo de limitação da autonomia no sentido de analisar os negócios jurídicos sob um novo prisma, inclusive cuidando dos desequilíbrios e desigualdades advindas do amplo exercício do consentimento privado. Quanto a autonomia da vontade, Fernando Noronha (1994, p. 122) se posiciona:

Foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latente em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentados ao princípio da (velha) autonomia da vontade.

A seu turno, Enzo Roppo (1988, p. 297) defende:

Existe na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva „redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual”: esta tendência, que podemos definir como „objectivação do contrato”, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação. [...] para servir o sistema de produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autónomo da esfera psicológica e subjectiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas de mercado.

Nelson Nery Jr (2003, p. 421) ensina:

A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou a ‘Jornada de Direito Civil’, como se pode verificar: Jornada 23: ‘A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio

da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A seu turno, Clóvis Beviláquia (2000, p. 211) com maestria escrevia:

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitui a lei no campo restricto do negócio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor de pacificação de interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossível será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vede uma creança em tenra idade. Appetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, num ímpeto de insoffrido egoísmo, das mãos frágeis, que, o detém. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circunstâncias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociais empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si.

Pois bem, o Código Civil tratou de consagrar o princípio da boa-fé como princípio basilar do direito contratual. Em rigor, dispôs no artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Ao se referir ao princípio da boa-fé, Karina de Mattos (2007, p. 1) dispõe:

A Boa-fé é um ‘standard’ um parâmetro genérico de conduta. Boa- -fé objetiva respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.

Extraí desse princípio a função de preservar a boa-fé objetiva, disciplinada na norma, como a exigível ao homem mediano, nesse aspecto, o Código Civil consagra de forma explícita como garantia de conformidade em que os contraentes estão comprometidos em acordar de forma lícita e proba.

Quando se fala em função social do contrato, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a uma relação jurídica, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que é individual – para revelar-se conforme o interesse coletivo.

Sem sombra de dúvida qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se em busca de um fim social. Serve como pilar para todas as áreas do direito, de ordem pública, cuja função é estabelecer um parâmetro para limitação da liberdade contratual frente a preservação de direitos e interesses metaindividuais.

O Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil assim contempla o tema:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Alcança pois, tal princípio um dos fundamentos da ordem jurídica pátria, qual seja, preservar a dignidade humana enquanto fim a ser alcançado com os direitos assegurados aos indivíduos.

São pois, prerrogativas não só sociais, mas significa dizer, no tocante ao tema em estudo que os contratos devem privilegiar direitos subjetivos cujo interesse ultrapassam o intento individual que rege as partes contratantes, sobrepondo-se a lógica do ordenamento jurídico, sobretudo no que se pode chamar de constitucionalização do direito civil.

Dessa forma, tem-se clara a interferência do Estado enquanto garantidor de premissas básicas, forçando todas as leis infraconstitucionais adequarem sua funcionalidade as diretrizes da Constituição Federal.

Com a promulgação da Constituição em 1988 tornou evidente a conclusão de que a dicotomia que se afirmava existir entre direito privado e direito público, restou superada. Já que se inaugurava um claro momento jurídico de adequação formal a lógica cidadã em seu conteúdo mais profundo para garantir o Estado Democrático de Direito em essência.

Diante disso, a função principiológica se alargou em interpretação, num desdobramento natural e ideológico de outros princípios. De fato, em decorrência da boa-fé e da função social dos contratos, tornou-se inevitável questionar dogmas da teoria clássica dos contratos, principalmente se considerarmos que os mesmos se consolidaram à luz do liberalismo social e jurídico que se experimentava.

Assim, quando a norma jurídica insere em seus textos premissas que garantem direitos coletivos e compactua com o objetivo de transcender ao

individualismo enraizado nas relações jurídicas, sobretudo patrimoniais, vem à tona a mitigação da autonomia da vontade prevalente nos ajustes, para dar lugar a interpretação de direitos subjetivos que possibilitam uma relação de equidade entre as partes. Ademais, questiona-se a vontade individual em conformidade com princípios que ultrapassam o direito material de dispor livremente.

Aliás, quando se questiona a necessidade da igualdade substancial das relações jurídicas, é o que justamente dá o tom da função social do contrato e revela, enfim, a ideia da igual dignidade social, a cujo atingimento deve voltar-se o ajuste.

A função social do contrato representa, pois, um mecanismo interventivo de diminuição da desigualdade para, com isso, aumentar-se a liberdade real dos contratantes. Com efeito, a diminuição da desigualdade se dá por mecanismos legais protetivos, em que neles se entendem o direito subjetivo não só como poder, mas possibilidade jurídica de preservar a igualdade conforme a finalidade social a que se socorre o direito.

Nessa senda, a assunção da função social significa que a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Ainda mais quando a função social integra o contrato numa ordem social harmônica, solidaria, mercê do comando do art. 1º, IV, da Carta Magna.

Tepedino (2003, p. 117) retrata:

O direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis - cenário assaz distante do que imaginaria a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia-, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social.

Diante pois, de toda intervenção estatal buscando a adequação do contrato aos interesses sociais, para alcançar assim a função social, a igualdade substancial das partes e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, surge a teoria preceptiva, por ela, quer-se êxito em promover o equilíbrio entre os contratantes,

como reflexo dos objetivos que aduz a nova perspectiva, em que a relação contratual reflete não só interesse dos pactuantes, como a segurança jurídica da sociedade no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 22) afirma sobre o princípio da função social aplicada aos contratos:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes

Por isso, numa análise inicial o contrato de adesão parece estar em contrariedade com a realidade, já que, evidentemente, não pode corresponder aos reais anseios da sociedade, diante do desequilíbrio nitidamente constatado. Ademais, como será abordado futuramente, os contratos de massa não recebem o tratamento legislativo necessário para amparar a hipossuficiência da parte aderente. Tão pouco a regulamentação dada pelo Código Civil esgotou a matéria, nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor se mostrou suficiente, tendo em vista a vasta utilização desta modalidade contratual. Não obstante, o CDC tratou de ir além do princípio da função social e no movimento de expansão da compreensão da necessidade de equilíbrio entre as partes, destaca, nas palavras de Josivaldo de Oliveira (2011, p. 1):

O Código de Defesa do Consumidor engloba uma série de regras das quais se deduz o princípio do equilíbrio contratual absoluto. De acordo com esse princípio, o contrato não pode estabelecer desmesuradamente prerrogativas ao fornecedor sem fixar iguais vantagens ao consumidor. É defeso uma das partes na relação jurídica de consumo, obter vantagem manifestamente excessiva em detrimento da outra. Por essa razão foi atribuída a nulidade de pleno direito à cláusula que, em desfavor do consumidor, vem estabelecer obrigações iníquas, abusivas, que o coloquem em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC). O princípio enfocado tem como fundamento a proteção da parte mais fraca da relação contratual consumerista, porque visa colocar em situação de equilíbrio pessoas social e economicamente distintas.

Assim, é pertinente trazer os ensinamentos de Fiuza e Roberto (2002, p. 58):

Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais. Nasce a teoria preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes a assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais.

Também vale ressaltar o que diz Orlando Gomes (1999, p. 7):

Importantes e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade da posição contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. [...] O Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, [...] e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares.

Para Cláudia Marques (2006, p. 211):

[...] mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de defesa do consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Por fim, cabe concluir, pois que, os contratos enquanto fonte das obrigações no direito civil deve prevalecer seu intuito funcional sem obstaculizar os interesses do indivíduo, principalmente quando trata-se de consumidor. Nesta senda, temos as palavras de Carlos Ferreira de Almeida (1982, p. 96):

Sem dúvida que os contratos-tipo são instrumento de racionalização do comércio e elemento de celeridade e eficiência do abastecimento. Em si mesma, a tipificação contratual não é lesiva aos interesses dos consumidores. Mas, sendo um fenômeno da oferta oligopolística, redundando facilmente em resultados abusivos. Não é a standardização que se mostra prejudicial, mas a assimilação maciça de cláusulas com vantagens indevidas para o contratante que está em condições de as impor.

## 2.2. CONCEITO DOUTRINÁRIO E A TRATATIVA LEGAL DESTA ESPÉCIE CONTRATUAL

Silvio Rodrigues (2002, p. 28), quando estudando o tema destacou:

A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes colocadas em pé de igualdade discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

Para a doutrina, registre-se, o contrato de adesão é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, no qual apenas uma das partes (proponente), decide, previamente, quais as cláusulas serão efetivamente inseridas no contrato, de modo que, a outra parte denominado aderente, apenas anui ou não, com aquilo já estabelecido, ficando então impedida de modificar substancialmente as condições do contrato.

Orlando Gomes (1972: 4-5) nos seguintes termos:

A figura jurídica nomeada contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo que seja focalizada. Considerada na perspectiva da formulação da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de condições gerais dos contratos e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada de contrato de adesão e examinada no prisma do modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais (...) no primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos.

Dessa forma, os contratos de adesão já estão previamente escritos, com as cláusulas estipuladas e impressos pelo estipulante, nos quais, só resta preencher os espaços referentes às informações pessoais, como compradores do bem ou serviço objeto do contrato. Assim, Paulo Luiz Neto Lôbo (2000, p. 44):

São contratos de massa, despersonalizados, contratos que não mais defluem das manifestações de vontade livres, não se originando da igualdade formal das partes. Distanciando-se da liberdade e da igualdade formais das partes, seria outra categoria ou talvez o contrato renascido, a partir de pressupostos diferente.

Para Claudia Lima Marques (1992, p. 31) apud ROSA (1995):

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

Ao passo que, Maria Helena Diniz (2009, p.367) define o contrato de adesão:

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra, como nos ensina R. Limongi França. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...], aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

Sabendo-se pois da definição doutrinária acerca do contrato de adesão, não é exagero concluir que, essa modalidade contratual implica questionar os elementos essenciais da teoria clássica contratual, em maior evidência a vontade, agora relativizada para privilegiar a boa-fé, a função social e o equilíbrio contratual.

Tanto é verdade que, não só a doutrina consolida o instituto, como a lei, aliás, a partir dela a doutrina encontra escopo, impondo formalmente uma releitura na essência do trato contratual, logo promovendo uma nova análise acerca dos negócios jurídicos, seu alcance e efeitos, abandonando o caráter individualista impregnado no ideal liberal de direito privado.

Ainda sobre os apontamentos doutrinários, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 100) por sua vez afirma:

[...] restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. [...] Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes – o que evidencia o seu caráter institucional.

Por sua vez, César Fiuza (2008, p. 469) discorda que o contrato de adesão não se trataria de contrato paritário (com partes iguais):



A doutrina vem empregando tradicionalmente o termo paritário, em vez de negociável. Não concordo, porém. Paritário é o que se forma por elementos pares para estabelecer igualdade. A expressão contrato paritário deixa a entender, erroneamente, que os contratos de adesão seriam leoninos, por conferir a uma das partes vantagem exagerada, em prejuízo da outra.

O autor ainda completa dizendo que os contratos de adesão não são propriamente um tipo de contrato e sim uma técnica para formação daqueles, uma vez que que pode utilizar das cláusulas pré-formuladas para os mais diversos tipos de pactos. Antecedendo, pois a confiança entre os contratantes, que diante da necessidade de imprimir velocidade a contratação, bem como desburocratizar a formalização do negócio jurídico pactuado, aderem ao regramento pré-fixado, como forma de realizar o acordo nas mais diversas espécies de contratos.

Parece sensata a conclusão de Fiuza ao propor o contrato de adesão não como uma espécie contratual, mas sim como uma técnica para formação dos contratos, haja vista, corretamente perceber que a adesão, enquanto método de contrato com cláusula pré-definidas pode ser utilizada para a concretização de diversos ajustes, conseqüentemente, presume-se que as cláusulas unilateralmente formuladas podem figurar num contrato de compra e venda, doação, prestação de serviços, dentre outros, sem descaracterizar a espécie contratual correspondente, substituindo-o em essência para tornar-se de adesão.

Ocorre que, tal postura não encontra apoio na maioria da doutrina, ao contrário, os exemplos acima já são suficientes para demonstrar que a parcela majoritária da doutrina, no que se refere ao conceito do contrato de adesão, ratifica o texto legal, afirmando que é espécie contratual, registre-se, que tem como característica a formulação do ajuste de forma unilateral.

Interessante pois refletir acerca da unilateralidade do contrato de adesão, uma vez que, uma das características natural dos contratos é a bilateralidade resultante da conformação de duas ou mais vontades.

Insta salientar que sabiamente foi destacado a regra de que os contratos sejam ajustes bilaterais, pois seria ingenuidade desmerecer a dinâmica normativa que, num esforço para acompanhar as transformações sociais, busca sempre otimizar a norma de forma a atender as necessidades dos seus tutelados. Dessa forma, a possibilidade de avença unilateral, embora a grosso modo possa levar a erro no

sentido de afirmar que se trata de uma anulação ou inexistência da outra vontade. Ao contrário, em essência a vontade de ambas as partes são manifestadas no contrato, por exemplo da prestação de um serviço que se presume, por natureza da obrigação, ser prestado por completo e no contrato, o prestado se exime de parte da obrigação, beneficiando-se da hipossuficiência do contratante. Vê-se cristalina maledicência da parte que se exime da prestação que seria obrigada.

De sorte que, o que se discute não é a vontade, eis que ela existe e a possibilidade de exprimi-la continua imaculada. O que se busca questionar e consequentemente entender é a materialização da vontade real do contratante hipossuficiente.

Cabe ainda ressaltar que a vontade unilateral é legítima e reconhecida em outras modalidades contratuais como a doação, mutuo, comodato. Ocorre que nestes, só um dos contratantes assume obrigações perante a outra parte. Isso pois está ajustado e entendido entre os contratantes que o negócio jurídico, pela sua própria natureza se aperfeiçoe com a oneração de apenas um contraente.

Ao contrário do contrato de adesão, e talvez aqui, esteja a máxima para o entendimento do que se investiga no presente trabalho, sem olvidar dos demais aspectos levantados, mas se reveste de tamanha relevância para este momento, o fato de que nos contratos de adesão ambas as partes assumem obrigações recíprocas, no entanto, a unilateralidade reside ao tempo do dispor do ajuste em que uma parte toma para si o direito de elaborar os termos e a outra apenas anui, mesmo que certa de que assumem obrigações, apenas uma delas exterioriza como serão prestadas e em quais condições estarão obrigados.

Verifica-se assim que nesta espécie contratual ocorre somente a fase que a doutrina denomina policitação, isto é, uma parte faz a proposta e a outra aceita, pois, diferentemente dos contratos tradicionais, este não enseja contraproposta pelo aderente, cabendo a ele, aceitar ou não, integralmente os termos do proponente.

Para Venosa (2010, p.520-521), pois:

[...] a manifestação tácita decorre de atos inequívocos, indubitáveis da intenção de contratar, tornando-se desnecessária a manifestação expressa". E continua o autor que "o silêncio só estará apto materializar um consentimento contratual quando vier acompanhado de outras circunstâncias ou condições, que envolvem a vontade contratual no caso concreto.

Por ter suas cláusulas formuladas anteriormente ao ajuste, são elaboradas, dessa forma, com caráter abstrato, já que o intuito do estipulante é obter aderência da maior quantidade de indivíduos possíveis. De sorte que, de forma mais invariável que se puder estipula-se as prestações e contraprestações de maneira uniforme, genérica e rígida, visando a otimização ao estabelecer relações jurídicas de massa.

Guarda como característica a generalidade ao passo que, nos contratos de adesão objetiva-se o alcance de uma pluralidade de sujeitos que o estipulante deseja estabelecer obrigações.

Quanto a rigidez, se deve ao fato de que os termos são ajustados em momento anterior a aceitação, sendo que a discussão de qualquer cláusula ou modificação é suficiente para descaracterizar o contrato de adesão, obviamente porque sua essência é justamente a formulação prévia da avença por apenas uma das partes.

No que se refere aos aspectos legais deste contrato, tratou pois dois diplomas legais: o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, como já exposto em momento anterior em que fora realizada uma reflexão acerca da forma tímida que a legislação tratou o tema em contraponto com a realidade em que as contratações de massa já são práticas consolidadas desde a primeira metade do século XX.

Cumprido dizer que o Código Civil anterior (1916) não dispôs sobre a matéria, em linhas gerais, pode-se considerar que o direito pátrio esboçou suas primeiras reflexões acerca do tema sob a influência do direito financeiro a partir da década de 1960.

Ao passo que o Código Civil de 2002 ao tratar da matéria ressaltou a forma como se deve interpretar as cláusulas desta espécie contratual, neste sentido cabe destacar, para uma melhor visualização do que foi exposto, são transcritos, os artigos do Código Civil:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão, cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Coube pois ao Código Civil remodelar sua codificação diante da migração dos elementos fundamentais da órbita constitucional. Neste prima, ainda que tímido, ao exaurir a supremacia do interesse privado, cria-se um modelo que busca assegurar o primado social sobre o individual e de forma imediata limitou o individualismo liberal.

Como já mencionado, não só o retro citado diploma normativo traz a matéria, como o Código de Defesa do Consumidor já havia disciplinado a matéria anteriormente, cujo teor inclusive, é a principal fonte normativa dos contratos de adesão até o presente momento.

O Código do Consumidor tratou dos contratos de adesão:

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

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

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

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

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

O caput e o parágrafo 1º do art. 54 tratam de delimitar o contrato de adesão para fins legais, enquanto os parágrafos 2º, 3º e 4º trazem preceitos que, se violadas, importam a nulidade do contrato de adesão, pois se destinam a garantir a publicidade das cláusulas contratuais, de forma que a adesão seja a mais consciente possível.

Não suficiente, no artigo 18 ainda traz um tratamento diferenciado a uma situação em que envolve prazo no contrato de adesão, regramdo da seguinte maneira:

Art. 18, § 2º: Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior (reclamação de vícios).

[...]

Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Muito embora a tratativa legal seja importante, assim como a doutrinária, não esgota a matéria, por força da lógica do próprio ordenamento jurídico e pela

inviabilidade técnica da letra da lei alcançar e prever de forma resoluta as modificações contínuas na sociedade que reflexem no estabelecimento de novos regramentos e maneiras de interpretar o arcabouço legal em vigor.

Nesta senda, é perfeitamente plausível, afirmar que mesmo que o CDC e CC cuidem de normatizar os contratos de adesão, sua realidade fática ainda se estenderá à lei, de sorte que, passa-se a analisar tais contratos a partir da harmonização da doutrina e jurisprudência trazendo a luz da discussão os pormenores jurídicos e a incidência do direito do consumidor em situações específicas quando cuida do tema.

### **3. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO: CLAÚSULAS ABUSIVAS INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Superado o debate acerca do conceito doutrinário do contrato de adesão, bem como os reflexos desta modalidade sob os fundamentos da teoria clássica contratual e ponderando sobre a importância da evolução histórica das relações para a alteração substancial do direito.

Cabe, pois, focar a análise na natureza jurídica deste contrato, para finalmente adentrar na mais vasta abrangência prática do tema, qual seja as cláusulas abusivas e a tratativa legal a que se dispensa ao regramento contratual excessivamente oneroso a uma das partes.

Não obstante, ao tratar em específico das cláusulas abusivas, seu rol, a evolução na interpretação destas e seus reflexos no mundo jurídico. Ademais, dispensa-se especial atenção a incidência do CDC, trazendo as normas previstas para o contrato de adesão quando gerar obrigações na órbita das relações de consumo, pois que adentra na competência disciplinadora da norma citada.

Em nenhum momento se confronta a validade do Código Civil frente ao Código de Defesa do Consumidor, eis que aquele, vale destacar recebeu este sem nenhum prejuízo ao trato das questões específicas.

Ao ilustrar a interpretação doutrinária acerca do tema, possibilita-se não só reforçar os argumentos com ensinamentos da mais alta qualidade, como também explorar peculiaridades cuja lei dispõe de forma objetiva.

Nesta senda, não só por questões didáticas, como colaborando para a evolução do conhecimento, os doutrinadores posicionam-se a partir das suas investigações de forma a colaborar com o entendimento do contrato de adesão não só enquanto espécie, mas considerando o conjunto de características que destacam a espécie, evidenciando sua natureza jurídica, seus reflexos nas relações obrigacionais e destacando a tratativa legal dispensada.

Tem-se, dessa forma, a natureza jurídica deste contratos, conforme esboçada em exemplos, como ilustra Arnaldo Rizzardo (1988, p. 1350):

Natureza do contrato de adesão - Figurando o banco ou outra entidade como emitente do cartão, o contrato é misto, pois compreende uma abertura de

crédito e uma prestação de serviços. Abertura de crédito porque o titular autoriza o banco ou a sociedade não bancária a pagar aos fornecedores as dívidas contraídas junto a eles. E aberta uma conta corrente em favor do titular, fixando-se o limite do crédito, pois serão pagas aos fornecedores as importâncias relativas às despesas dentro do limite da conta... Assim, basicamente, em qualquer caso considera-se o cartão de crédito uma forma de Concessão de crédito, a curto prazo. Às pessoas que recebem um cartão de identificação e que se apresentam aos estabelecimentos comerciais filiados à rede da instituição financiadora. A prestação de serviços se caracteriza no angariamento de fregueses encaminhados pelo emissor ao fornecedor e no próprio fato de facultar o uso do cartão pelo cliente. Mas entre o titular do cartão e o fornecedor, há um contrato de venda ou de prestação de serviços, pois aquele busca unicamente a aquisição de bens, ou a execução de serviços que pretende.

Ao passo que, para Maria Helena Diniz, a caracterização do contrato de adesão pressupõe:

- 1º) uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta. A uniformidade é uma exigência imprescindível, pois, se o ofertante pretende obter número indeterminado de aderentes para que haja aceitação passiva, será precioso que o conteúdo do contrato seja invariável. A predeterminação unilateral das cláusulas contratuais e a rigidez das condições gerais caracterizam os contratos por adesão. As suas cláusulas deverão ser rígidas, por que deverão ser uniformes; portanto, o ofertante não poderá alterar o teor da policitação senão precedendo-o de ampla divulgação ou aprovação das autoridades (nas hipóteses em que estas controlem tais contratos, como ocorre com as tarifas de transportes, de serviços de luz, telefone etc.). Esses três traços possibilitarão identificar esses contratos;
- 2º) proposta permanente e geral, aberta a quem se interessar pelos serviços do proponente, dirigindo-se a um grupo indeterminado de pessoas. Assim sendo, o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naqueles casos em que se permitem ressalvas, como, p. ex., no da empresa de transporte, que não pode ser obrigada a admitir passageiro além da lotação do veículo;
- 3º) aceitação pura e simples do oblato, simplificando, desse modo, a maneira de produzir-se o consentimento;
- 4º) superioridade econômica de um dos contratantes, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito;
- 5º) cláusulas do contrato são predispostas e fixadas unilateralmente e em bloco pelo peticitante, visto que se dirigem a um número indeterminado de pessoas.

Entende-se pois que os contratos de adesão, embora signifiquem a crítica negativa quanto sua formulação, eis que omite a plena liberdade de contratar, mitigando-a em favor da celeridade em realizar o pacto e otimizar o estabelecimento das relações negociais. Ainda assim, tornou-se essencial, pois já não se pode desprezar que o consumo em massa é realidade e tem sido intensificado com o passar do tempo, conseqüentemente, mesmo que passível de duras reflexões e amadurecimento da sua tratativa legal, fruto do que produz a doutrina e jurisprudência

na tentativa de sanar o vácuo legislativo, segue assim, tal contrato um mecanismo indispensável para promover a movimentação da riqueza.

Por isso, cabe cuidado a tecer críticas, sendo feito de maneira ponderada, analisando a importância deste contrato para as relações, principalmente na dinâmica do mundo atual, cada vez mais expansivo e que demanda otimização dos recursos, inclusive tempo.

Sem desconsiderar sua relevância, ao contrário, utilizando de seu uso frequente, como fonte de argumentação, há que se refletir sobre como ele é interpretado. Ademais, segue o entendimento de Carlos Alberto Bittar:

A propósito o direito codificado delimita o alcance dos contratos de adesão e proíbe a inserção de certas cláusulas, que considera abusivas, declarando-as não escritas, e portanto de nenhum efeito vinculatório, a saber: as limitativas e as elisivas de responsabilidade do disponente, as de transferência de responsabilidades à terceiros, às contemplativas de obrigação iníquas ou abusivas, as de intervenção de ônus da prova, as de indicação previa de árbitros.

Há que se considerar que, não se pode falar em contrato unilateral, o que de fato ocorre é a disposição das cláusulas contratuais por uma das partes e aquiescência pela outra, no entanto o que se discute em essência não é resumidamente a mitigação da autonomia da vontade, mas o que a justifica como elemento caracterizador da interpretação dos contratos de adesão, tendo por base que, a parte que sinaliza vontade de contratar o faz em sua plena capacidade, no entanto, frise-se, que o que se questiona são os termos que foram acordados e como a posição de não poder discutir os termos coloca a parte em situação de vulnerabilidade, lembrando, pois, as palavras do Código de Defesa do Consumidor.

Ao clamar pelo CDC é relevante pois exprimir seu intuito de proteger as relações de consumo, em especial o consumidor que figura como hipossuficiente perante o fornecedor. Objetiva-se aqui demonstrar que essa norma inseriu em seu texto a vedação das cláusulas abusivas em contratos de adesão que estabelecem relações sobre a matéria de consumo. Logo, é cristalina a objetividade da lei em restringir a má-fé contratual. Isso estar evidente, não só no tocante ao direito do consumidor, mas como já demonstrado, é premissa básica do direito a boa-fé.

Ocorre que, a previsão legal da boa-fé não se mostrou suficiente para coibir a inserção de termos abusivos nos contratos em geral. Dessa forma, o direito civil



também se ocupou de prever situações resolutivas para reparar o prejuízo de um acordo sem equilíbrio entre as partes. Acontece que, o direito civil puro, por assim dizer, ainda persiste em preservar um cunho fortemente liberal, de sorte que trata das relações jurídicas partindo do pressuposto da igualdade formal entre as partes e a liberdade de dispor. Ao passo que o CDC inova ao preocupar-se em estabelecer a igualdade substancial nas relações, isso significa dizer que, ao reconhecer a desigualdade, fruto da hipossuficiência, ao seu turno, esta traduz a deficiência técnica entre fornecedor e consumidor. Um desdobramento lógico, portanto, é que tal deficiência coloca o indivíduo em condição de vulnerabilidade, ou seja, risco de ser atingido por algum prejuízo causado pela sua imaturidade/ desconhecimento técnico para negociar em igualdade com a outra parte.

Para possibilitar uma restauração no equilíbrio entre os contratantes, entre outros mecanismos, para este trabalho importa saber que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a presença de cláusula abusivas nos contratos.

Diante do exposto, para melhor compreensão do que são as cláusulas abusivas, vale socorrer-se da letra da lei, em especial o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor que assim dispõe:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

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

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Cabe dizer que, tais cláusulas são vedadas em todo tipo de contrato, o que ocorreu em relação ao contrato de adesão, foi a necessidade fática de intervenção do legislador, não só para disciplinar tal contrato, como para regradar o limite de dispor, tendo em vista a peculiaridade própria deste de conceder a “vantagem” de uma das partes, o proponente, elaborar os termos da avença.

Cláudio Bonatto, (2001, p. 35) ressalta:

[...] podemos afirmar que o conceito de cláusula abusiva é mais amplo do que o de cláusula ilícita, pois pode haver cláusula lícita que seja ao mesmo tempo abusiva, na medida em que provoque, concretamente, um desequilíbrio contratual, com vantagem exclusiva do agente econômico, como, por exemplo, a cláusula que autoriza tanto o fornecedor, como o consumidor, ou seja, bilateralmente, a cancelar o contrato firmado. É lícita, segundo a exegese do art. 51, inciso XI, do CDC, porém pode ser abusiva, na medida em que, pela duração do contrato (o longo tempo decorrido), o consumidor tenha se tornado cativo na contratação.

Quanto o que diz respeito ao CDC, prioriza tratar de forma objetiva tendo que as relações de consumo já presumem uma vulnerabilidade de uma das partes, que também é o aceitante do ajuste no caso da adesão, o que agrava sua condição de se expor a prejuízos.

A enumeração do artigo 51 do CDC trata-se de um rol não taxativo, isso justifica a afirmação de que não esgota as possibilidades de tornar nula de pleno

direito, determinada cláusula por entendê-la abusiva, ainda que não conste objetivamente no texto legal.

Ademais, mesmo que inicialmente considerada lícita e levada no corpo do ajuste, nada impede que seja declarada nula pelo juiz quando suscitada sua abusividade por onerar excessivamente uma parte. Com efeito, ao dizer que uma vez inseridas no contrato, restaram nulas de pelo direito, estamos diante de um vício insanável, em razão do desequilíbrio da relação contratual.

Para maior elucidação, não é demasiado trazer alguns exemplos de cláusulas abusivas, para tanto, socorre-se das palavras de Glauco Barbosa Jr (2014, p. 6):

Multa Excessiva: Estipulação de carência para cancelamento nos contratos de cartão de crédito. Estabelecimento de carência em caso de impontualidade das prestações e mensalidades. Estipulação de multa moratória superior a 2% em contratos educacionais e similares. Cobrança cumulativa de comissão de permanência e de correção monetária.

Perda das Prestações Pagas: Perda das prestações pagas como multa por inadimplemento em caso de financiamentos. Recebimento de valor inferior ao valor contratado na apólice de seguro. Perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor em razão da desistência ou inadimplemento, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos. Devolução das prestações pagas, sem correção monetária.

Reajuste Unilateral: Reajuste de preços excessivo. Aumento unilateral em planos de saúde por mudança de faixa etária. Escolha unilateral por parte do fornecedor quanto aos índices de reajuste a serem utilizados.

Pagamento Antecipado Imposição do pagamento antecipado referente a períodos superiores a 30 dias em contratos de prestação de serviços educacionais e similares. Exigência de parcelas vincendas, no caso de restituição do bem em contratos de leasing. Imposição do pagamento de percentual a título de taxa de administração futura em consórcio. Exigência do pagamento do valor residual antecipadamente sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem nos contratos de leasing.

Reconhecimento de Dívida Estipulação da fatura de cartões de crédito e de contracorrente como dívida líquida certa e exigível. Capitalização de juros. Capitalização mensal dos juros.

Cláusulas de Vantagem Excessiva Assinatura de títulos de crédito em branco. Emissão de títulos de crédito em branco ou livremente circuláveis por meio de endosso ou representação de toda e qualquer obrigação assumida pelo consumidor. Cobrança de outros serviços sem autorização prévia do consumidor em faturas de serviço essencial. Venda casada em contrato de prestação de serviços educacionais. Impedimento ao consumidor de benefício do evento constante do termo de garantia contratual que lhe seja mais favorável. Estabelecimento de sanções por descumprimento somente em desfavor do consumidor. Opção unilateral do fornecedor de concluir ou não o contrato, não estabelecendo igual opção para o consumidor. Autorização de cancelamento unilateral do contrato pelo fornecedor, não estabelecendo igual opção para o consumidor. Ressarcimento de custos de cobrança da obrigação

do consumidor, não estabelecendo o mesmo para o fornecedor. Modificação unilateral do contrato após sua celebração por parte do fornecedor. Não restabelecimento dos direitos integrais do consumidor, após a purgação da mora. Interrupção de serviço essencial sem aviso prévio em caso de impuntualidade. Cobrança de honorários sem ajuizamento da ação correspondente. Limitação de riscos e minimização de garantias para eventuais danos do produto. Afastamento contratual do CDC nos contratos de transporte aéreo. Autorização do envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia.

Cláusulas de exoneração de responsabilidade Limitação de riscos e minimização de garantias para eventuais danos do produto. Restrição além dos limites do dever de indenizar do contratante, por eventuais violações das obrigações contratuais. Verificação unilateral pelo fornecedor da qualidade de produto ou serviço, bem como da conformidade com o pedido. Limitação ou restrição procedimentos médicos e internações hospitalares em contratos de planos de saúde. Imposição de limite de tempo de internação hospitalar. Transferência da responsabilidade a terceiros. Renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Cláusulas de disparidade no acesso à justiça Eleição de foro diferente daquele onde reside o consumidor. Inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Utilização compulsória de arbitragem. Preposto para concluir ou realizar negócio pelo consumidor. Apresentação de extrato bancário como título executivo extrajudicial. Imposição de representante para concluir ou realizar negócio jurídico pelo consumidor.

Cláusulas confusas A cláusula é aceita pelo consumidor em sua consciência, porém contém vantagem excessiva para o fornecedor do contrato caracterizando o abuso, esse contrato será contra as normas de proteção do Código do Consumidor e a vontade da parte não prevalecerá. Essas cláusulas são nulas, e não trazem efeitos ao contrato, a nulidade da cláusula abusiva não invalida o contrato, a não ser que traga prejuízo excessivo as partes.

Ao tornar nula a cláusula inserida indevidamente, não resulta na declaração de nulidade do contrato por inteiro, mas somente da cláusula abusiva, cuidando assim o juiz de retirar do ajuste as obrigações assumidas que estão revestidas de vício, restabelecendo, dessa maneira o equilíbrio contratual e primando pela boa-fé e licitude do ajuste.

Neste prima, cabe lembrar a sabedoria do artigo 6 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Diante disso, ensina Claudia Lima Marques (1998, p 63):

Autorização excepcional de modificação de cláusulas — O art. 6º, inciso V, CDC abre uma exceção no sistema de nulidade absoluta das cláusulas, permitindo que o juiz revise ou “modifique”, a pedido do consumidor, as

“cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas” para ele em razão de fatos supervenientes (...) Não desconhecemos o fato de que, ao retirar-se de um contrato a cláusula considerada abusiva e substituir seu conteúdo pelo regramento legal na matéria, já estamos “modificando” o texto contratual, colmatando a lacuna, integrando o contrato de forma a que se possa dar execução a este, segundo os novos princípios de boa-fé e equilíbrio contratual. Queremos aqui chamar a atenção para o fato do CDC autorizar uma modificação nas cláusulas de preço, onde geralmente não há regra supletiva apta a preencher a lacuna.

Estando o citado artigo em perfeita harmonia com os termos do artigo 51 do mesmo texto legal, logo, quando analisados em conjunto, fica fácil entender a tratativa dispensada pelo CDC às cláusulas abusivas no contrato de adesão, sobretudo, prevendo o direito da revisão contratual como meio cabível para equilibrar o ajuste.

Quanto a interpretação dos contratos, de modo geral, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 100) aponta:

Algumas regras práticas podem ser observadas no tocante à interpretação dos contratos: a) a melhor maneira de apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo; b) deve - se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor [...]; c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais; **d)** qualquer obscuridade é imputada a que redigiu a estipulação, pois podendo ser claro, não o foi [...]; e) na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível [...].

Nesta sistemática, opina Renan Kfuri Lopes (2008, p. 14)

Como é cediço, o CDC adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva, calcado na teoria do risco da atividade, como postulado fundamental da responsabilidade civil, ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. Vale dizer, basta ser fornecedor, basta ter inserido no mercado um produto ou serviço que tenha causado danos para que ele seja responsabilizado. Na responsabilidade objetiva, não há a verificação da conduta do agente, isto é, não se perquire se o fornecedor agiu com dolo ou culpa. A conduta dolosa ou culposa do fornecedor é absolutamente irrelevante para a configuração da responsabilidade pelos danos causados ao consumidor. Vale dizer, o fornecedor irá responder pelos danos causados, independentemente de culpa, pelo simples fato de ter colocado no mercado produto ou serviço que ameace ou lese efetivamente um direito do consumidor. Assim, o consumidor deve, apenas, provar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano por ele experimentado. Esse fato danoso terá origem num vício ou defeito apresentado pelo serviço ou produto (...). O princípio da boa-fé trazido pelo Código Civil reflete a idéia anterior do CDC, tendo por fim estabelecer um equilíbrio e eqüidade entre os contratantes.

É inegável pois a incidência do Código de Defesa do Consumidor que seguindo o mesmo entendimento do Código Civil, no que tange à proteção ao aderente e conceituando o contrato de adesão traduz:

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

No entendimento de Bittar (1991, p. 74-76), pode-se afirmar sobre o contrato de adesão:

Impõe-se então, ao contrato de adesão, campo extremamente fértil para que proliferem as cláusulas obscuras, duvidosas, ambíguas, leoninas, vexatórias e abusivas, métodos específicos para a sua interpretação (...) assim, tem a doutrina (...) adotado regras específicas para a interpretação dos contratos de adesão (...) no que tange à cláusulas duvidosas ou ambíguas, de difícil interpretação, sempre deverão ser interpretadas a favor daquele que apenas aderiu e não daquele que as elaborou (...) dever-se-á, ocorrendo divergência entre as cláusulas gerais e as especiais, fazer com que essas últimas prevaleçam sobre as primeiras. Presume-se que as cláusulas especiais, aquelas que foram elaboradas de forma particular para determinado contrato (...) foram possivelmente discutidas, ou, pelo menos, a possibilidade de uma discussão prévia é indubitavelmente maior nessas do que naquelas em que o utente se limitou a aderir.

No que concerne à interpretação do contrato tendo como parâmetro o princípio da boa-fé objetiva, cabe realçar os ensinamentos de Fernando Noronha (2004, p. 73):

(...) dois são os desdobramentos da incidência da boa-fé. O primeiro, na regra de que os contratos devem ser interpretados tomando-se por base o sentido objetivo. Exceto quando o destinatário da declaração conheça a real vontade do declarante, ou devesse conhecê-la, se tivesse obrado com diligência. De fato, numa relação contratual dominada pela ética exige-se dos parceiros um comportamento probó. Considerando as expectativas da outra parte, há que se tutelar a confiança daquele que acreditou numa determinada conduta da outra parte. Ao falar em confiança, tutela-se o valor social da aparência, essencial para o intercâmbio de bens de serviços, garantindo a segurança das transações. O valor confiança deve se sobrepor à vontade interna, a menos que os destinatários da declaração tenham ciência ou a ignorância derive de culpa deste, da real intenção do declarante. O segundo ponto a ser observado indica que, no caso do sentido objetivo suscitar dúvidas, há que se preferir o significado que a boa-fé indique como mais razoável. E na perquirição do sentido que mais se amolde à boa-fé, deve o intérprete lançar mão de algumas regras: a) comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, opte-se por aquele que resulte na preservação do contrato (princípio da conservação do negócio); b) na dúvida quanto ao significado de uma cláusula, favorece-se a parte que assumiu a obrigação (princípio do menor sacrifício); c) observa-se o princípio da interpretação contra o predisponente, notadamente nestes contratos de adesão, interpreta-se a cláusula em desfavor daquele que a redigiu.

Neste mesmo prisma, prevalecem as palavras de Judith Martins-Costa (1999, p. 432):

Imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.

O princípio da boa-fé objetiva ainda impõe deveres aos contratantes, nesta senda pode-se pois afirmar que, devem as partes agirem de forma lícita e preservando seus interesses socorrendo-se da discricionariedade da lei em fazer tudo o que por ela não for proibido, de forma que, cabe observar a sistemática do que prevalece como justo, ao homem mediano, como por exemplo presar pela legalidade, justiça e clareza.

Não suficiente a doutrina ainda defende de forma imperiosa o rigor a que se deve preservar a boa-fé como pressuposto das relações jurídicas, de forma que assim aduz Fernando Noronha (1999, p. 139-140):

O importante para a responsabilização do agente, é que a situação de desrespeito pelo dever de atuar de acordo com os padrões ainda possa ser-lhe imputada, mesmo que só a título objetivo.

Por fim, vale arrematar com o disposto no artigo 187 do Código Civil, quando trata de limitar o exercício de um direito, fazendo clara referência a essência do princípio da boa-fé.

Sendo assim, vejamos:

Art. 187- Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Fernando Noronha (1999, p. 21) chega a afirmar que:

Mesmo nos casos de formalidades constitutivas o juiz deve abster-se de declarar a nulidade quando o contrato tenha sido cumprido e a razão de ser a imposição da formalidade seja a proteção da própria parte que, no caso concreto, haja levado a cabo o ato de adimplemento.

E completa “É de ponderar que, em matéria de contratos, mesmo as formalidades solenes impostas por lei com frequência têm por finalidade levar as partes a refletir sobre a importância da vinculação que assumem”.

Silva (2002, p. 71) a seu turno emenda:

Acontece que a boa-fé objetiva, fundada nos ideais de honestidade e lealdade, tem sido entendida como regra de conduta para os contratantes, que devem

respeitar a confiança e os interesses recíprocos, ou seja, tem sido compreendida como dever de agir segundo determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade.

Portanto, a boa-fé como padrão de conduta serve para coordenar o comportamento das partes, que, no contrato, devem observar os deveres anexos de lealdade, cooperação e informação, não mais podendo invocar a boa-fé subjetiva para eximirem-se ou absterem-se da prática do ato que a situação exija ou repila.

Aliás, a Constituição Federal legitima a exigência do CDC de que as partes se comportem segundo a boa-fé, porquanto dispões ser objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I).

Como afirmado em outras ocasiões, por força da discrepância entre o poder das partes quando contratam entre sim, utilizando da adesão para tanto, não resta dúvidas de que não se pode interpretar estes contratos da mesma forma que se faz com os contratos tradicionais, à luz do bom senso de preservar a igualdade das partes contratantes.

Nesse momento é imperioso citar Almeida (2003, p. 103):

Dentro do contexto de assegurar efetiva proteção ao consumidor, o legislador outorgou a inversão, em seu favor, do ônus da prova. Cuida-se de benefício previsto no rol dos direitos básicos (art. 6º, VII), constituindo-se numa das espécies de gênero 'facilitação da defesa de direitos', que a legislação protetiva objetivou endereçar ao consumidor.

Tal conclusão decorre em especial, vale assegurar, da proteção dispensada ao contrato de adesão seja para estabelecer o equilíbrio contratual, seja para reforçar a boa-fé, não se restringe a materializar o princípio, mas alcançar, sobretudo, a justiça também nos pactos privados.

De todo modo, foi feliz o CDC em, de forma tão moderna, levantar questões que suprisse o vácuo legislativo acerca das relações privadas, tratando-as como de ordem pública, em perfeita harmonia com a Constituição Federal.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Ocorre que, mesmo com o processo de expansão do consumo tendo acontecido de forma tão violenta e rápida, a sociedade, de modo geral, ainda desconhece a maioria das normas que regem as relações básicas da vida.



[...] hipossuficiência é um critério processual consagrado no art. 6º, inciso VIII, do CDC, o qual busca estabelecer um paradigma para o reconhecimento de eventual desigualdade no seio do processo (Bonatto e Moraes, 1998, p. 80).

Quando se evidencia a extensão da vulnerabilidade, o que tem feito o legislador para combatê-la, e mesmo se socorrer do entendimento que se pode exigir do homem mediano, ainda assim, não facilita que as contratações aconteçam de modo a garantir o direito de ambas as partes, sendo muitas vezes necessário buscar as portas do judiciário para que, pela investidura legal, possa o Estado-juiz interferir na órbita privada, levando normas que reparem a desproporcionalidade causada por contrato abusivo.

Isso porque o § 2º do art. 51, ao incumbir o juiz de empregar esforços de integração para evitar a invalidade de todo o contrato, por causa de cláusula abusiva, acabou por reconhecer a relevância do negócio jurídico concreto e a necessidade de preservá-lo, tendo em vista seu valor social e sua característica de ser instrumento de circulação de riqueza (Silva, 2003, p. 65).

A ilicitude das cláusulas abusivas é imposta não só pela premissa de desequilíbrio, mas guarda fundamentos na boa-fé subjetiva, eis que a reprovabilidade do enriquecimento ilícito, da usura e da lesão é característica do direito civil como um todo, evidenciada na matéria de contratos pela consequência de ser tais instrumentos as principais fontes das obrigações.

Quando trata do socorro judicial o CDC ainda dispõe:

art. 81- A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Acerca dos argumentos tecidos anteriormente, justifica a fala de Grinover (2007, p. 6):

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios aos seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o direito não pode ficar alheio a esse fenômeno.

Ainda cabe reforçar com os ensinamentos de Almeida (2003, p. 46)

[...] Esse princípio, inscrito no caput do art. 4º, exige que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, é dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro. Bem por isso é que a legislação do consumidor contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas sub-reptícias e insidiosas de abusos e fraudes engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador. O Código de Defesa do Consumidor é repleto dessas presunções, como a que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, art. 12) e que autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII). O Capítulo VI, relativo à proteção contratual, é, no entanto, o campo mais propício para disposições desse jaez.

A seu turno a vulnerabilidade de acordo com o que foi visto, um princípio pelo qual o Código de Defesa do Consumidor visa no art. 4º, I:

Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Opina Saad et al (2006, p. 135):

O Estado, no capítulo sob exame, traça as linhas de sua conduta diante das várias facetas das relações de consumo e reafirma o que, de há muito, serve de objetivo ao nosso sistema legal: atendimento das necessidades dos consumidores, saúde e segurança deles, proteção de seus interesses

econômicos, melhoria da qualidade de vida e desenvolvimento harmonioso das relações de consumo, atendido o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Neste sentido, comenta Claudia Marques (2002, p. 61):

[...] Segundo dispõe o art. 4º do CDC, inciso terceiro, todo o esforço do Estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal) sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Reconhece ainda Silva (2003, p. 63-68) a vulnerabilidade do consumidor, quando afirma:

Por conta disso, o CDC reconheceu as situações de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor, sabendo tratar-se de pessoa que, na prática, para obter produto ou serviço, deve aceitar, com pouca margem para negociação, as condições impostas pelo fornecedor.

[...]

Diga-se de passagem que essa vulnerabilidade fundamenta a eficácia transcendental do CDC, isto é, sua aplicação para além das relações de consumo. Isso porque o art. 29, ao equiparar a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos Capítulos V e VI, tornou possível a proteção aos não-consumidores que estiverem em situação de debilidade [...].

Arremata Almeida (2003, p. 46):

Almeida, 2003, p. 46): Primeiro, o de elaboração das normas jurídicas, a significar que as novas leis a serem editadas no setor deverão manter ou ampliar o conteúdo protetivo, tendo por fundamento teleológico o direito constitucionalmente previsto de defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Segundo, o do sancionamento e interpretação das cláusulas e das normas jurídicas, por força do qual se objetiva alcançar a situação mais favorável para o consumidor, que em razão do cunho protetivo da legislação, quer pela aceitação de sua inexperiência e vulnerabilidade, de modo a alcançar efetividade da tutela [...].

De acordo com Nunes (2012, p. 178): “tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo”.

É certo que as desigualdades entre os contratantes tendem a assumir uma dimensão coletiva, traduzindo-se em desigualdades entre categorias econômicas. No caso do consumidor, porém, esta categoria é por demais ampla numa sociedade caracterizada, precisamente, pela onipresença do consumo. Por outras palavras, não parece constitucionalmente consistente tratar todos os consumidores de forma igual. Afinal, isto representaria, sob o pretexto de uma maior justiça, um verdadeiro retrocesso da teoria contratual, um retorno à mística das categorias abstratas e redutoras. Hoje, ao contrário,

avulta a importância da criação de 'padrões de diferenciação'. (NEGREIROS, 2002, p. 199).

No presente momento, em que fica a cargo investigar a incidência do CDC na matéria, eis que retorna-se a observar o princípio da boa-fé, agora encarando-o sob o enfoque de sua aplicação direta às relações de consumo e conseqüentemente, como é transparente o elo entre a proteção dada quando veda cláusulas abusivas, principalmente porque, aqui, torna-se a evidenciar a aplicação do princípio ao qual já se ocupou de demonstra-lo em linhas gerais, mas que quando refletido à luz do CDC elucidada o benefício da análise sistemática dos fundamentos e objetivos da norma.

Nos ensinamentos de Almeida (2003, p. 46):

O art. 4º do CDC prevê também que deve haver equilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes. Busca-se a justiça contratual, o preço justo. Por isso, são vedadas as cláusulas abusivas, bem como aquelas que proporcionam vantagem exagerada para o fornecedor ou oneram excessivamente o consumidor.

Neste viés, o diploma normativo retro mencionado, exige a boa-fé na oferta, isso significa dizer que oferta ou proposta tem força vinculante em relação a quem a formula, e que com o consentimento estará estabelecido vínculo jurídico entre as partes ofertante e a que aceita, conforme art. 427 do Código Civil Brasileiro.

Não obstante, o art. 46 do CDC obriga o fornecedor a dar conhecimento prévio ao consumidor do conteúdo dos contratos. De sorte que, isso tanto pode ser feito através da afixação das condições do contrato em local visível, ou pela adrede disponibilização do texto do contrato, para leitura do consumidor.

Estende-se esse entendimento para exigir uma redação clara dos contratos e precisa, sem mensurar esforços o CDC ainda tratou de compatibilizar princípios que permeiam toda a lógica protetiva a que se dispõe. Neste prima, passa-se a ressaltar os mais relevantes.

Ganha contorno pois, os princípios de diretriz que guarda tamanha importância em seu conteúdo que causa destaque nas análises, por ser o principal responsável por revelar a lógica que se deve ater quem interpreta a norma. Nessa senda, além dos princípios contratuais, os mais relevantes que do texto constitucional migraram para refletir em outros ramos do direito, eis que o CDC se obrigou a seguir a tendência legislativa e pontuar princípios norteadores.

Inserido no art. 4º, do CDC, está o princípio da transparência que, segundo Marques (apud Almeida, 2003, p. 139):

[...] significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase Pré- contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo [...].

Segundo Silva (2003, p. 68):

[...] o princípio da transparência, essencialmente democrático ao reconhecer que na sociedade o poder não é exercido só no plano da política mas também no da economia, adquiriu importância especial no Código de Defesa do Consumidor, para controlar o abuso do poder econômico, de quem passou a exigir visibilidade e lisura nas relações jurídicas de consumo.

O autor segue concluindo:

Contudo, a transparência que se espera do fornecedor não deverá estar presente somente no momento da conclusão do negócio jurídico. Deverá existir durante a oferta e publicidade, ao longo da execução do contrato e até mesmo depois desta, como, por exemplo, no instante em que o consumidor, munido do termo de garantia, procura o reparo do produto junto a assistência técnica autorizada.

Por conseguinte, o princípio da confiança, que intimamente ligado ao anterior, transmite a ideia de credibilidade a que atribui o consumidor ao produto e serviço, diante disso,

A conclusão de qualquer ato negocial não deve ser vista como mera obrigação, mas antes de tudo como uma ocorrência de satisfação para as partes, pois, não sendo assim, a afinidade negocial se perde e com ela os objetivos motivadores da operação (Rosa, 1995, p. 58).

Quanto a esse princípio Claudia Marques (2002, p. 981/982) disciplina:

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...],

Ao mencionar o princípio da equidade, faz-se pertinente lembrar os ensinamentos de Silva (2003, p. 73):

Não pode uma das partes na relação jurídica de consumo obter vantagem manifestamente excessiva em detrimento da outra. Por essa razão foi atribuída a nulidade de pleno direito à cláusula que, em desfavor do consumidor, vem estabelecer obrigações iníquas, abusivas, que o coloquem em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

Segue conceituando:

Trata-se de equilíbrio absoluto porque a lei passou a exigir, na relação contratual, o equilíbrio substancial, de sorte que nenhuma das partes tenha significativamente mais direitos e vantagens que a outra (justiça substancial). Isso quer dizer que não é suficiente a igualdade formal pressuposta no momento antecedente à conclusão do contrato (justiça formal), para que a justiça contratual seja alcançada.

Coaduna com tal entendimento Almeida (2003, p. 103-104, que preceitua:

Para inverter esse quadro francamente desfavorável ao consumidor, o legislador alterou, para as relações de consumo, a regra processual do ônus da prova, atento à circunstância de que o fornecedor está em melhores condições de realizar a prova de fato ligado à sua atividade. Compreensivelmente, limitou-a ao processo civil e às seguintes situações: quando houver verossimilhança nas alegações, a critério do juiz e segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando houver comprovação da condição de hipossuficiência do consumidor (Almeida, 2003, p. 103-104).

### 3.1. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL ACERCA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PREVISÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Num primeiro momento é importante contextualizar a história da evolução das normas que tratam de direitos do consumidor a fim de esboçar com amplitude como foi se desenvolvendo o entendimento que se tem hoje acerca da matéria.

Traçar uma linha evolutiva corresponde a pontuar os fatos relevantes, as transformações que ocorreram na matéria. Nos capítulos anteriores o Código de Defesa do Consumidor foi mencionado com veemência, e não poderia ser de outra maneira, uma vez que, em termos de legislação, ainda que tímida, foi a que mais se preocupou em instituir uma nova forma de reger as relações que envolvem consumo, posteriormente refletido na interpretação analógica e sistemática para outros campos jurídicos.

Ora, é pertinente justificar que os tribunais brasileiros ao longo do tempo, quando forma provocados para decidir sobre a matéria, também se posicionou de forma a propiciar material suficiente para corroborar a análise acerca da evolução no trato da proteção ao consumidor, bem como julgando o que se refere a contratos de adesão de acordo com essas novas expressões surgidas no mundo do direito.

Adiantando, porém, valer-se-á de material jurisprudencial para aventar as questões mais relevantes que são objeto de julgamento pelos tribunais pátrios, completando pois o objetivo do estudo em levantar argumentos bibliográficos, apoiando-se na doutrina e na jurisprudência.

Em termos práticos, a norma ganha vida quando se presta a função jurisdicional, tornando possível o exercício do direito material assegurado. Serve pois os julgados de norte perceptivo quanto ao entendimento dos julgadores quanto ao direito pretendido, neste diapasão, a sentença não legitima o exercício de toda gama de direitos, porém, no que importa concluir para esse estudo, o Estado-juiz é fundamental para estabelecer o equilíbrio entre as partes, para analisar o contrato conforme o direito e para dizê-lo conforme os parâmetros legais.

Voltando a atenção ao início deste subcapítulo, expõe Fábio Zabot

Hotlhausen (2006, p. 44):

O Código de Hamurabi tem-se convencionado pelos doutrinadores como a primeira legislação a tutelar o adquirente por problemas nos produtos/serviços”. O mesmo autor, na mesma obra, também página 44 refere a Lei das XII Tábuas, que determinava que “se alguém coloca o seu dinheiro a juros superiores a um por cento, que seja condenado a devolver o quádruplo.

Jorge T. M. Rollemberg (1987 apud FILOMENO, 1991, p. 45) acompanhou, firmando seu entendimento:

Há quem denote já no antigo Código de Hamurabi certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor. Assim, por exemplo, a lei 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes, teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas.

Filomeno (1991, p. 45) vai além:

Prestador de serviços, como o empreiteiro da obra, além de ser obrigado a reparar os danos causados ao empreitado, sofria punição (morte) caso houvesse o mencionado desabamento vitimado o chefe de família; caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, e assim por diante.

Consoante a lei 235 o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (seria isto a idéia inicial de ‘vício rebitório’?) Na Índia, no século XII a.C., o sagrado Código de Massú previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros – lei 697 – ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes – lei 698.

Insta salientar a previsibilidade do direito do consumidor nas linhas da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 5º, XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;  
[...]

Art. 24, VIII - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.  
[...]

Art.37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.  
[...]

Art. 150, § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.  
[...]

Art. 170, V - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os



ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] defesa do consumidor.

Rizzato (2009, p. 02) manifesta-se:

O DCD, como sabemos, foi editado em 11 de setembro de 1990; é, portanto, uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Passamos o século inteiro aplicando às relações de consumo o Código Civil, lei que entrou em vigor em 1917, fundada na tradição do direito civil europeu do século anterior.

A seu tempo, Saad (2006, p. 89) relata:

O presente código não só veio, em verdade, ordenar a ação oficial em defesa do consumidor, com, também, instituir novos recursos tendentes a protegê-lo contra os artifícios fraudulentos dos que lhes fornecem mercadorias ou serviços.

Não passa despercebida a redação do artigo 6 do CDC, de suma importância quando se reflete acerca dos direitos do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

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

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

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX –

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Com efeito, a matéria é amplamente julgada nos tribunais de todo país, já tendo alcançado pauta em tribunais de alçada, calcado como matéria de Recurso Especial, de forma que, importa-nos saber que não só é entendimento pacificado, como também repercute de maneira unânime no judiciário, ainda assim, em alguns aspectos chama atenção.

Por muito tempo foi palco de discussão o art. 10 da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que assim determina:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:  
 I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;  
 II-assistência médica e hospitalar;  
 III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;  
 IV-funerários;  
 V-transporte coletivo;  
 VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;  
 VII telecomunicações;  
 VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;  
 IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;  
 X – controle de tráfego aéreo;  
 XI – compensação bancária.

O ponto central da discussão era a subsistência do direito do consumidor, quando submetido ao poder público como prestador dos serviços essenciais. Tal querela perdurou até a edição Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997:

Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.  
 O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990,  
 DECRETA:  
 Art. 1º Fica organizado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelecidas as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.  
 CAPÍTULO I  
 DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR  
 Art. 2º Integram o SNDC a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça SDE, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

Com efeito, após suscitada as cláusulas abusivas previstas, registrando sua característica exemplificativa, cabendo pois ao juízo entender pela abusividade ou não de termo inserido em ajuste, a partir do critério da onerosidade excessiva a uma das partes, sempre levando em conta a boa-fé, o equilíbrio contratual e a proteção do consumidor.

Não suficiente, após todo o relato sobre o tema, expondo conceitos doutrinários que cuidam de definir o contrato de adesão, ressaltar suas características, por conseguinte, atendendo ao que fora proposto, a cláusula abusiva foi investigada

em seus aspectos históricos, conceituais, coube ainda avaliar os reflexos destes institutos jurídicos na dinâmica das relações sociais.

Por outro lado, a lei fora trazida observando a harmonia constitucional que conseqüentemente faz refletir seus princípios nas demais normas, em especial modernizando o conceito de direito privado, senão rompendo com essa separação ao dotar as normas civil de caráter mais social, fruto pois do abandono em parte dos ideais liberais.

De forma incessante veio à tona dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que serve de parâmetro para conceituar os contratos de adesão e que também faz questão de enumerar as cláusulas abusivas, num esforço legislativo de direcionar o entendimento dos operadores do direito, de forma objetiva para a questão.

Muito importante utilizar de todas essas fontes para discorrer sobre o assunto, sem contudo esgotá-la, eis que as relações humanas e logo também as jurídicas se transformam de modo contínuo, sendo que nem mesmo a lei consegue perpetuar-se e arrogar perfeição.

Enquanto isso, em contraponto, o judiciário tenta acompanhar a dinâmica social para efetivar a lei e o faz exprimindo julgamentos acerca das matérias submetidas a seu juízo.

Neste sentido é que, cristalina e imperiosa a necessidade de discorrer sobre os contratos de adesão e as cláusulas abusivas sob a perspectiva da jurisprudência.

Para começar, não diferentemente, destaca-se a posição do STJ sobre as questões que envolvem a matéria. Ocorre que é preciso registrar que, não se despreza os julgados dos tribunais ordinários, ao contrário, serão trazidos exemplos de seus entendimentos, uma vez que, a matéria é ventilada recorrentemente por esses juízos, por tanto sua produção jurisprudencial é extensa e serve de fonte para vários questionamentos acerca de possíveis interpretações conflitantes sobre o tema.

Contudo, o STJ em última análise julga em sede de Recurso Especial, matéria questionada, quando o objeto encontra-se disciplinado em lei federal, como é o caso do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, de forma que é

espontânea a necessidade de registrar seu posicionamento em diferentes questionamentos levados à Corte.

No julgamento do Recurso Especial n.1349647 o STJ ao analisar o processo que questionava a abusividade de cláusula de limitava a cobertura de plano de saúde em razão das disposições contidas na Lei n. 9656/98, As empresas, em agravo interno, sustentaram a inaplicabilidade da lei aos contratos firmados antes de sua vigência e alegaram que a limitação de procedimentos fisioterápicos nas apólices não coloca o consumidor em desvantagem exagerada, inexistindo fundamento jurídico para justificar a declaração de abuso feita no acórdão recorrido. Ocorre que este não foi o entendimento da Quarta Turma do STJ que manteve seu entendimento e confirmou o julgamento do TRF 2, no sentido de que se a seguradora assumiu o risco de cobrir a prestação de serviços médicos em razão de moléstia, não poderia eximir da obrigação por meio de cláusula limitadora e abusiva.

EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE. LIMITAÇÃO OU RESTRIÇÃO A PROCEDIMENTOS MÉDICOS, FISIOTERÁPICOS E HOSPITALARES. CONTRATOS ANTERIORES À LEI 9.656/98. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/73 o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia. 2. As regras estabelecidas na Lei 9.656/98 restringem-se ao contratos de plano de saúde celebrados após sua vigência (art. 35), mas o abuso de cláusula contratual prevista em avenças celebradas em datas anteriores pode ser aferido com base no Código de Defesa do Consumidor. 3. À luz do Código de Defesa do Consumidor, devem ser reputadas como abusivas as cláusulas que nitidamente afetam de maneira significativa a própria essência do contrato, impondo restrições ou limitações aos procedimentos médicos, fisioterápicos e hospitalares (v.g. limitação do tempo de internação, número de sessões de fisioterapia, entre outros) prescritos para doenças cobertas nos contratos de assistência e seguro de saúde dos contratantes. 4. Se há cobertura de doenças ou sequelas relacionadas a certos eventos, em razão de previsão contratual, não há possibilidade de restrição ou limitação de procedimentos prescritos pelo médico como imprescindíveis para o êxito do tratamento, inclusive no campo da fisioterapia. 5. Agravo interno não provido.

Tal entendimento foi corroborado pelo texto do artigo 51 do CDC, em especial o inciso IV que entende por abusiva qualquer disposição limitadora que afetam de maneira significativa a essência do contrato. Adiantou ainda que tais disposições

não exime a seguradora da responsabilidade nos contratos pactuados antes ou depois da lei, quando evidente a abusividade das cláusulas.

Vale lembrar que o artigo 51 do CDC foi analisado anteriormente, e as cláusulas abusivas citadas, o que se pretende aqui, pois, é demonstrar na prática como tem entendido o tribunal superior acerca da matéria, aplicando a lei e interpretando-a de acordo com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico.

Dessa forma, sobre a incidência do CDC e preservação do consumidor que na condição de aderente tem tolhida sua igualdade de dispor dos termos do contrato, tem-se o julgamento da Apelação Cível n. 200500154022 TJ/RJ:

Apelação Cível. Relação de consumo. Responsabilidade civil de plano de saúde. Consumidor acometido de hérnia umbilical volumosa. Negativa de autorização do Réu para a realização de procedimento cirúrgico recomendado pelos médicos. Obrigação do plano de saúde em prestar a cobertura. EXIGÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA PRÉVIA CONSTANTE NO CONTRATO DE ADESÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA, PORQUANTO ESTABELECE OBRIGAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA, ALÉM DE COLOCAR EM RISCO A SAÚDE DO CONSUMIDOR. EM RELAÇÃO DE CONSUMO, A INTERPRETAÇÃO DEVE SER PROMOVIDA DA MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR (ART. 47, CDC). Dano moral configurado diante da injustificada recusa do Réu, apesar da gravidade e da urgência da intervenção cirúrgica. Respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Valor de R\$ 12.000,00 bem fixado, de acordo com a lógica do razoável. Improvimento do recurso (TJ/RJ - Apelação Cível 2005.001.54022 – Relator: Des. Luís Felipe Salomão - Julgamento: 28/03/2006).

Oportunamente no julgamento de outro Recurso Especial (REsp n. 1348532) a Quarta Turma entendeu por abusiva a cláusula que exige do consumidor que este forneça dados de terceiros quando da contratação de cartão de crédito, isso porque, segundo exprimiu o ministro Luis Felipe Salomão, a exposição de dados dá azo ao conhecimento de comportamento do consumidor quanto a sua vida e hábitos financeiros, sendo por tanto tal exposição discricionária para o aderente e não imposta, sendo ainda imprescindível a autorização real para tanto.

Vale lembrar ainda que, num julgamento a respeito de questionamento afim, mais especificamente em sede de REsp n. 1.578.553 a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou três teses, “Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros sem especificação do serviço a ser efetivamente prestado.”

A segunda tratou de declarar a “Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento da comissão de correspondente bancário em contratos celebrados a partir de 25/2/11, data da entrada em vigor da resolução 3.954 do Banco Central, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior, ressalvado o controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto.”

EMENTA Agravo regimental em recurso especial. Ação revisional. Julgamento extra petita configuração. Contrato de alienação fiduciária. Nulidade de cláusulas abusivas. Declaração de ofício. Impossibilidade. Limitação dos juros remuneratórios. Inadmissibilidade na espécie. Capitalização mensal de juros. Contrato firmado posteriormente à edição da MP n. 1.963-17/2000. Cobrança. Possibilidade. Comissão de permanência. Licitude na cobrança, desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária ou encargos da mora. Mora debendi. Ocorrência. Manutenção do devedor na posse do bem financiado. Impossibilidade. Inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Legalidade. Repetição do indébito. Possibilidade. Prova do erro. Desnecessidade. Agravo regimental não provido. 1. Nos termos do artigo 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação. Impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada. 2. Tendo o Órgão prolator da decisão recorrida proferido julgamento extra petita – porquanto enfrentou questões atinentes a direito patrimonial, que não constituíram objeto de insurgência – devem ser afastadas as disposições ex officio relativas à exclusão da taxa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de boleto bancário, à nulidade da cláusula de emissão de título de crédito e à autorização dos depósitos. 3. No tocante aos juros remuneratórios, não incide a limitação a 12% ao ano, prevista no Decreto n. 22.626/1933, salvo hipóteses legais específicas, visto que as instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, são regidas pela Lei n. 4.595/1964. Tal entendimento, ressalte-se, não foi alterado após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas também se aplicam aos contratos firmados por instituições bancárias. Visando à harmonização dos referidos diplomas legais, esta Corte Superior consagrou a manutenção dos juros no percentual avençado pelas partes, desde que não reste sobejamente demonstrada a exorbitância do encargo. 4. No que tange à capitalização mensal de juros, o entendimento prevalecente nesta Corte era no sentido de que esta somente seria admitida em casos específicos, previstos em lei (cédulas de crédito rural, comercial e industrial), conforme a Súmula n. 93-STJ. Com a edição da MP n. 1.963-17, de 30.3.2000 (atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001), passou-se a admitir a capitalização mensal nos contratos firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que haja previsão contratual. 5. No concernente à comissão de permanência, é lícita a sua cobrança após o vencimento da dívida, devendo observar a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa de juros contratada para o período da normalidade. Destaca-se que a cobrança da comissão de permanência não pode coligar com os encargos decorrentes da mora, como os juros moratórios e a multa contratual. 6. Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. (Súmula n. 296-STJ). 7. Em relação à manutenção do devedor na posse do bem ela não pode persistir, porque refoge dos limites da ação

revisional a discussão possessória. Assim, não há falar-se em manutenção do bem na posse do devedor, sendo facultado que ela seja requerida em ação própria pelo credor, não podendo ser a credora impedida de tomar as medidas judiciais que entender cabíveis. (c.f. AgRg no REsp n. 831.780-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 14.8.2006). 8. Quanto à legalidade da inclusão do nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito, os elementos constantes dos autos não demonstram a presença concomitante dos requisitos autorizadores do cancelamento dos registros, conseqüentemente, em sendo o inadimplemento do recorrido incontroverso, legítima é a inclusão do nome dele em cadastros de inadimplentes. 9. “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro.” (Súmula n. 322-STJ). 10. Alegações do agravante nada acrescentaram, no sentido de infirmar os fundamentos do decisum agravado. 11. Agravo regimental não provido.

Por fim, cuidou a terceira tese, “Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento da despesa com o registro do contrato, ressalvada a abusividade da cobrança do serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso.”

Assim, demonstra-se o julgamento acerca de outra matéria, dessa vez relacionada a serviços bancários, em que, não só exprime opinião acerca da abusividade, como consolida o entendimento jurisprudencial do alcance da inegável proteção do CDC ao consumidor. Sem esquecer que o recurso objeto de análise ainda foi taxativo em dispor da abusividade dos contratos de adesão nos pactos referentes a contratação de cartão de crédito.

EMENTA Recurso especial. Agravo regimental. Contrato bancário. Disposições de ofício. Inadmissibilidade. Cobrança antecipada do VRG. Descaracterização do contrato de arrendamento mercantil. Inocorrência. Juros remuneratórios. Não limitação. Capitalização anual dos juros. Possibilidade. Comissão de permanência possibilidade de cobrança desde que não cumulada com os demais encargos moratórios. Taxa Referencial. Legalidade. I - Embora incidente o Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, não se admite a revisão, de ofício, das cláusulas contratuais consideradas abusivas. II - A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil III - Os juros pactuados em taxa superior a 12% ao ano não são considerados abusivos, exceto quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, hipótese não ocorrida nos autos. IV - É permitida a capitalização anual dos juros nos contratos bancários. V - É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros moratórios, multa contratual ou juros remuneratórios, calculada à taxa média de mercado, limitada, contudo, à taxa contratada. VI - É legítima é a utilização da Taxa Referencial como índice de atualização, desde que pactuada no contrato. Proíbe-se o seu uso somente como substitutivo de índices já extintos, em ajustes que não a previam. Agravo improvido.

Noutro momento, chegou ao STJ a discussão acerca da cláusula de foro de eleição. Preliminarmente, tal cláusula pode ser entendida como a disposição predefinida de foro competente para julgar qualquer questão decorrente do contrato firmado.

Nesta senda, o antigo CPC havia legislado no sentido de que o juiz poderia de ofício declinar da competência quando a ação envolvesse relação de consumo e fosse proposta no foro previsto em contrato, que geralmente não era o do réu. Logicamente essa interpretação foi reflexo da dúvida que persistiu durante muito tempo até a alteração legislativa.

Baseando-se na certeza de que foro e matéria de competência relativa, logo, em termos processuais só poderia ser declarada se suscitada pela parte a quem se aproveita a alegação, de sorte que, não poderia ser reconhecida de ofício, isto é, pelo juiz. Porém, em alusão as disposições do CDC que entende por abusiva a cláusula de eleição de foro, quando esta impede ou dificulta o exercício do direito de ação pelo jurisdicionado, passou-se a aplicar massivamente o reconhecimento de ofício da abusividade da cláusula de foro de eleição nos contratos de adesão sem se atentar para o fato de que, em contraponto, o CDC não generaliza, tornando assim, qualquer cláusula de contendo definições acerca da competência relativa.

O cuidado do legislador ao instituir o reconhecimento da abusividade se deu pelo fato de que, em alguns casos, a eleição do foro desencoraja o consumidor a questionar o pacto e acaba submetido a condições excessivamente onerosas sem poder efetivar seu direito de questionar e se for o caso rever o pacto, excluindo de sua órbita a abusividade.

Ocorre porém que o STJ na Súmula 381 pacificou o entendimento de que, nos contratos bancários é vedado ao juiz reconhecer de ofício a abusividade das cláusulas contratuais.

Infeliz disposição, deve-se dizer, uma vez que tal súmula contraria a lógica da nulidade de pelo direito das cláusulas abusivas, conforme o texto do CDC, em real proteção ao consumidor.

Ademais, o contrato que versa de matéria bancária, não deixa de ser relação de consumo, tão pouco se exclui de criar vínculo jurídico a partir do contrato de



adesão, de forma que parece equivocada e incoerente excluir do trato geral, os contratos bancários.

Numa análise multidisciplinar dos reflexos dessas decisões, basta lembrar que os bancos, junto com as telefonias são campeãs nas demandadas por reclamações oriundas de abuso ao consumidor.

Sem desconsiderar que as pessoas encaram instituições financeiras com desconhecimento, são induzidas a utilizarem serviços bancários por necessidade.

Não escapa pois, das relações de consumo e dos reflexos disso, portanto, ao STJ caberia uma postura mais condizente com os rumos legislativos. Pois de nada adianta o CDC abraçar todas as relações de consumo sem distinção de modalidade contratual ou natureza da obrigação, se o judiciário funcionar como obstáculo para a efetividade da proteção do consumidor.

Maciçamente roga a doutrina pela mudança de postura nesse sentido, com a finalidade de harmonizar os preceitos do CDC e proteger o consumidor.

De maneira prática, as relações de consumo, por se intensificarem, além de provocar mudança legislativa, acaba por promover o fenômeno de aumentar a demanda judiciária, prova disso as tentativas de otimizar os procedimentos para tornar o processo que trata de questões de consumo mais célere e satisfatória ao consumidor.

A prova disso é a criação dos Juizados Especiais Cíveis que são abarrotados em todo país por reclamações de consumo, mais uma vez, sendo os bancos um dos principais demandados.

Fica a reflexão de como comungar com a sistemática do CDC, conceder efetiva proteção ao consumidor, pactuar com os termos da Constituição, para além, alcançar uma justiça efetiva e satisfatória se o próprio judiciário em muitas ocasiões cuida de ir na contramão do que parecia mais lógico?

A maior indignação reside no fato de que, o reconhecimento de ofício de cláusula abusiva consolida a proteção tão buscada e o reestabelecimento do equilíbrio, por conta de ajuste excessivamente oneroso ao aderente.

Este pois, socorre-se do judiciário, como última instância para ver assegurado seu direito. É inconcebível diante dessa realidade que o consumidor,

hipossuficiente e vulnerável esbarre em obstáculos, quando tenta reestabelecer a igualdade em um vínculo adquirido e assegurar seu gritante direito.

Neste sentido, quando levada a matéria para julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, este posicionou-se afirmando que, nos contratos de compra e venda de imóveis, a cláusula de foro de eleição só restaria inválida diante da comprovada hipossuficiência do comprador.

A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, julgando o Recurso Especial (REsp 1.675.012) destacou que a jurisprudência da corte entende que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão só pode ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário.

EMENTA PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. ALTERAÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 25.01.2015. Exceção de Incompetência arguida em 26.03.2015. Agravo em Recurso especial distribuído ao gabinete em 24.04.2017. Julgamento: CPC/1973. 2. O propósito recursal é o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão de compra e venda de imóvel. 3. A alteração da competência territorial por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a abusividade ou a ilegalidade. 4. Apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, per se, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente. 5. O STJ possui entendimento no sentido de que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão, só poderá ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário. 6. Nesta perspectiva, a situação de hipossuficiência de uma das partes, por sua manifesta excepcionalidade, deve ser demonstrada com dados concretos em que se verifique o prejuízo processual para alguma delas. 7. A condição de consumidor, considerada isoladamente, não gera presunção de hipossuficiência a fim de repelir a aplicação da cláusula de derrogação da competência territorial quando convencionada, ainda que em contrato de adesão. 8. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que a ação seja processada e julgada no foro estipulado contratualmente.

Em outro momento, pode-se ver consolidada a posição majoritária da jurisprudência conforme entendimento exprimido acima, a exemplo do julgamento em

Agravo que também suscitou matéria relacionada a foro de eleição, sendo assim decidida:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. MÉRITO DO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO BANCÁRIO. SÚMULA 297/STJ. FORO DE ELEIÇÃO. NÃO PREVALECIMENTO. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 544, § 3º, do Código de Processo Civil, combinado com os arts. 34, inciso VII, e 254, inciso I, do Regimento Interno desta Corte autoriza o relator a se manifestar quanto ao mérito do recurso especial em sede de juízo monocrático, mesmo em agravo de instrumento. Precedentes. 2. Não se verifica a suscitada violação ao art. 535, II, do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema. 3. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação de sua convicção. O acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu existir, in casu, relação de consumo, inexistindo qualquer violação aos arts. 165 e 458, II, do Código de Processo Civil. 4. De acordo com o enunciado da súmula 297/STJ, a Segunda Seção desta Corte entende ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, porque entre clientes e instituições financeiras existe relação de consumo. O acórdão recorrido acompanha entendimento desta Corte quando afirma existir, in casu, relação de consumo e, em conseqüência, determina o não prevalecimento do foro de eleição estabelecido em contrato de adesão celebrado entre as partes. 5. Ao agravante é defeso inovar em sede de agravo regimental, apontando violações a dispositivos da lei processual civil que não foram indicados nas razões do recurso especial. 6. Agravo regimental desprovido

No mesmo entendimento persiste a jurisprudência de forma a preservar o consumidor:

CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. DESIQUILÍBRIO. A jurisprudência tem se posicionado, majoritariamente, no sentido de que no contrato de adesão, a cláusula de eleição de foro deve ser desconsiderada sempre que acarretar um desequilíbrio entre as partes, de forma a prejudicar a defesa do aderente. Precedentes jurisprudenciais. Recurso manifestamente improcedente que se nega seguimento, nos termos da decisão do Desembargador Relator (TJ/RJ – Agravo de Instrumento - Processo 2006.002.01653 – Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo).

Ocorre que nos dois casos a seguir, trata-se de julgamento de dois recursos (2018) perante o STJ, no intuito de reconhecer a abusividade de cláusula que dispõe sobre a competência para dirimir a lide resultante do contrato no juízo arbitral.

A ressalva fica por conta de dois posicionamentos distintos, em que cabe pois, investigar e levar a cabo as evidências que fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça adotasse posicionamento aparentemente ambíguo.

Neste prisma, no primeiro julgamento, aconteceu em julho do ano passado, quando num julgamento em primeira instancia no TJ goiano, o juiz de primeiro grau se declarou incompetente para julgar a ação tendo em vista que no contrato havia cláusula de convenção de arbitragem.

O entendimento do STJ, porém, foi no sentido de que, mesmo possível a resolução extrajudicial de questão acerca do contrato de adesão, em decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal entendeu que a cláusula arbitral não prevalece quando o consumidor procura a via judicial para a solução de litígios.

EMENTA DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO. 1. Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de quantia paga, em virtude de contrato de compra e venda de imóvel firmado entre as partes. 2. Ação ajuizada em 03/08/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 23/07/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir se é válida cláusula compromissória arbitral inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo entre as partes. 4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. 5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 6. Na hipótese sob julgamento, a atitude do recorrente (consumidor) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC

No segundo julgamento destacado aqui, sobre a convenção de arbitragem estipulada de contrato de adesão, a ministra Maria Isabel Gallotti, reconheceu, em uma decisão monocrática, a validade de cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão, em relação de consumo de compra e venda de imóvel.

AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL - CARÊNCIA DA AÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO. Ao teor da Lei nº 9.307/96, a cláusula dc compromisso arbitral inserida no contrato firmado entre as partes,

afasta da apreciação do Poder Judiciário as divergências negociais decorrentes, configurando a ausência de interesse processual, ensejando a extinção sem resolução de mérito. Não existe violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição na escolha livre e consciente dos contraentes pela adoção da arbitragem, que é legítima e escorreita forma de solução de conflitos. A própria Lei de Arbitragem preserva a participação do Poder Judiciário para a anulação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32 e 33. A simples propositura de ação ou interposição de recurso, não implica em litigância de má-fé, sendo mero exercício do direito de ação. Em razão do trabalho empregado pelo advogado, da natureza e da importância da causa, há desequilíbrio quanto ao valor estipulado pela sentença a título de honorários advocatícios, devendo ser majorado. (Ap, 27892/2014, DES.CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 06/08/2014, Data da publicação no DJE 12/08/2014).

Interessante também o teor do julgado a respeito de repetição de indébito com base na independência da prova do erro, em perfeita simetria com o CDC, neste sentido, destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535, DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REPETIÇÃO. PROVA DO ERRO. DESNECESSIDADE. CONTRATO FINDO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. O juízo não está compelido a se manifestar sobre todas as teses dispensadas pelas partes, senão sobre aquelas essenciais à solução da lide, pelo que não ocorre, na hipótese, a violação à norma de regência dos embargos de declaração. 2. Tratando-se, dentre outras hipóteses, de relação de consumo ou de contrato de adesão, a repetição do indébito independe da prova do erro. Precedentes. 3. É possível a revisão de contratos findos pela quitação. Aplicação analógica do entendimento firmado no verbete n. 286, do STJ: "A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores." 4. A inversão do ônus da prova em processo decorrente de relação consumerista é verificada caso a caso, em atendimento à verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, cujo reexame encontra o óbice de que trata o verbete n. 7, do STJ. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Tratando agora de julgamentos nos juízos singulares, destaca-se casos com maiores contornos para elucidação da matéria, ao passo que procura reforçar o entendimento acerca dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas diante da legislação em relação ao entendimento de diversos tribunais espalhados pelo país.

Importa saber que O artigo 22 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) dispõe sobre as possibilidades de cobrança dos honorários advocatícios: "quando há convenção entre as partes, arbitramento judicial ou sucumbência". Com o devido respeito e licença a quem de outro modo entende, vê-se que nenhuma destas hipóteses legitima a cobrança de honorários da parte que não contratou, o que

corroborar a tese da abusividade da cobrança. E caso haja contratado pacto que contenha cláusula prevendo que, em caso de inadimplemento, deverá, o consumidor, arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, cumpre perguntar se seria cabível aplicar-se o art. 22 do Estatuto da advocacia.

O STJ ao cotejar a matéria sumulou: Súmula nº 60 do STJ- "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante no exclusivo interesse deste".

A seu turno a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça editou a Portaria nº4/98 que tipificou como abusiva a cláusula contratual que obriga o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios, sem ajuizamento de ação; esta Portaria adita ao elenco do art. 51 da lei 8.078/90 e do art. 22 do Decreto 2.181/97, outras cláusulas abusivas, prescrevendo como nula de pleno direito a cláusula contratual que obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente. (Item 9 da Portaria nº 4/98).

Nesse contexto, prevalece ainda a proteção ao direito do consumidor, para reconhecer abusiva cláusula que estipula seu endividamento resultante de contrato de prestação de serviço (cliente/ advogado) do qual não figura como parte.

Não se pode deixar que o fornecedor sub-rogue no direito de legislar a seu favor de forma ilegítima estendendo a previsão legal do pagamento de honorários de sucumbência, levando-a para esfera privada para assim, forçar o consumidor a custear assessoria especializada e de forma indireta tolher seu direito de acesso à justiça.

Ora, não obstante, vale analisar a cobrança de honorários advocatícios sob um outro prisma, neste, ataca-se o ajuste de honorários de forma exagerada levando ao enriquecimento ilícito, em conformidade com a posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que atacou recurso interposto por casuístico indignado, prevalecendo no tribunal o entendimento de que os contratos devem reger-se pela boa-fé, objetiva e contratual, vedada o enriquecimento sem causa.

No primeiro grau, a juíza da primeira vara reconheceu o direito inquestionável do advogado aos honorários por seus serviços prestados, no entanto indeferiu o pedido de que a cliente do patrono arcasse com 40% a título de honorários

contratuais, sobre o valor da causa, sendo que o patamar que vem se estabelecido é de 30%.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Nº 2007.70.00.015875-3/PR DESPACHO/DECISÃO O destaque dos honorários previsto no art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94, é direito subjetivo do advogado. Tratando-se, porém, de uma exceção ao princípio do devido processo legal - pois, ao contrário dos demais títulos, dispensaria processo executivo -, sua interpretação merece ser conformada à Constituição e a requisitos mínimos de razoabilidade. No caso, o advogado pleiteia o destaque na requisição de pagamento da autora dos seus honorários contratados no patamar de 40%: "30% para atuação em 1º grau (cláusula 2ª do contrato) e 10% para a atuação em grau recursal (cláusula 11ª do contrato). A jurisprudência, no entanto, consolidou que o patamar de 30% é o limite máximo razoável referente aos honorários contratuais (STJ, REsp 155200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011). Assim, entendo que a conotação social informadora da demanda, indenização por perda de documentos para concessão de aposentadoria por invalidez, autoriza o indeferimento do destaque dos honorários, especialmente, mas não exclusivamente, quando o valor contratado sugerir a ocorrência do vício de lesão (art. 157 do CC), cabendo ao advogado a execução do contrato pela via ordinária, permitindo, assim, a defesa do devedor. Sobre o tema, conferir o seguinte precedente do STJ: REsp 1087135/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009. Indefiro o destaque. Intime-se. Aguarde-se o trânsito em julgado do AI nº 5031471-09.2014.404.7000. Curitiba, 03 de fevereiro de 2015. Thais Sampaio da Silva Juíza Federal Substituta.

Inconformado com a decisão, o advogado manejou Agravo de Instrumento, o relator do recurso, em sua decisão expressou entendimento de que não se haveria de indeferir os honorários em sua totalidade, isto porque, os mesmos são devidos em regra, o que se procura atender com o julgado é estabelecer moderação e respectivo equilíbrio ao contrato, limitando-o no patamar de 30%, exonerando a parte do pagamento dos 10% entendido no caso concreto como abusivo. Na respectiva decisão o desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, da 3ª Turma relembrou a jurisprudência do desembargador Celso Kipper, que atua na 6ª Turma do TRF-4.

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. DESTAQUE. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO PERCENTUAL DESTACADO. MEDIDA ADMITIDA DE FORMA EXCEPCIONAL. 1. Dispõe o § 4º do art. 22 da Lei nº 8.906/94 que "Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.". 2. É dizer, independentemente do ajuizamento de nova demanda, tem o causídico o direito de descontar do valor inscrito em RPV ou precatório, conforme o caso, a

parcela relativa aos honorários contratados com seu constituinte, desde que ainda não tenham sido pagos. Precedentes do STJ. 3. A respeito da possibilidade de limitação do destaque dos honorários contratuais, a regra geral é a não intervenção do Poder Judiciário no percentual dos honorários contratuais pactuados entre o segurado e seu patrono. 4. Não se afasta, contudo, de forma definitiva a possibilidade de que as cláusulas contratuais relacionadas ao percentual da remuneração devida pelo segurado ao seu patrono sejam revistas pelo Poder Judiciário. 5. Há que se fazer, necessariamente, uma apreciação do contrato à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da boa-fé contratual e da vedação ao enriquecimento sem causa de um dos contratantes em prejuízo do outro, tendo como referência as próprias disposições do Estatuto de Ética e Disciplina da ordem dos Advogados do Brasil. 6. Resumindo, tem-se a respeito do tema o seguinte panorama: a regra geral é a não intervenção do Poder Judiciário no contrato de honorários advocatícios. Deve-se, contudo, admitir a redução, pelo juiz, até mesmo de ofício, do percentual da verba honorária contratual naquelas situações em que se mostrar imoderado o montante contratado, tendo como parâmetro máximo para tal verificação a impossibilidade de que a demanda resulte mais benéfica ao advogado do que ao próprio cliente.

Numa última análise acerca das questões suscitadas no tocante a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumido, analisa-se pois, tal possibilidade perante as relações tributárias. No julgado abaixo o magistrado destacou seu entendimento de forma a levar a crer possível a aplicação das normas do CDC nestas relações.

Para dar uma hipótese de solução a esta questão grave de inadimplência tributária, minha tese é de que não se pode deixar de analisar a relação contribuinte/Estado-Fisco como uma relação de consumo, já que o contribuinte está para o Estado, assim como os consumidores estão para os fornecedores. O contribuinte é um consumidor daquilo que o Estado-Administração coloca à disposição para sua utilização. Desta forma, o Estado-Administração é um FORNECEDOR e o contribuinte é um CONSUMIDOR. Sendo o Estado-Fisco integrante do Estado-Administração, forçosamente o Estado-Fisco é um fornecedor. Assim, entendo estar caracterizada a relação de consumo, devendo incidir o Código de Defesa do Consumidor também nas relações dos contribuintes com o Estado, a fim de garantir a defesa dos interesses dos consumidores, todos eles contribuintes do Estado. (Processo nº 62.935-2000).

Entretanto, tal entendimento não encontra adeptos ao ponto de tornar-se posição majoritária sobre a questão. Ao contrário, diversos julgados tem pacificado o diverso, haja vista a quantidade de julgados que verificam a impossibilidade de acudir-se da norma referente as relações de consumo para alcançar as tributárias.

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 261367  
Processo: 200000538116 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
Data da decisão: 01/03/2001 Documento: STJ000387055  
"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.  
MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. DESNECESSIDADE.



PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais (Súmula 189 - STJ). 2. Inexistência de prescrição, vez que o ajuizamento da ação ocorreu dentro do prazo do art. 174 do CTN. 3. Não tem caráter confiscatório a multa de 20% porque fixada em patamar inferior do considerado razoável pelo STF no RE 81.550-MG (RTJ 74/319), sendo inaplicável às multas fiscais o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 4. Apelação improvida."

Firma pois o entendimento em mais um momento em que decide:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO  
 Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 01000738286  
 Processo: 199901000738286 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR  
 Data da decisão: 26/02/2002 Documento: TRF100128233  
 "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE DEPÓSITO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. MULTA DE 60%. LEI Nº 8.620/93, ART. 4º, IV. CARÁTER CONFISCATÓRIO AFASTADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. I. Multa fixada em 60% do valor da contribuição não tem caráter confiscatório, atendendo às suas finalidades educativas e de repressão da conduta infratora. O confisco só se afigura quando há desproporcionalidade entre a punição e os referidos fins. II. Não incide, in casu, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, já que a relação que originou o débito em questão não se confunde com as de consumo, sendo de natureza tributária, descabendo, em consequência, a observância do limite estabelecido pela Lei 8.078/90. III. Apelação improvida."

Num outro entendimento relevante temos:

Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO  
 Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 467810  
 Processo: 199903990205106 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA  
 Data da decisão: 06/09/2000 Documento: TRF300052527  
 "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - ILEGITIMIDADE ATIVA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO COLETIVO - DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DISPONÍVEL - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR AO DIREITO TRIBUTÁRIO. 1. A relação jurídico-tributária não constitui relação de consumo, de modo a permitir a utilização dos mecanismos de defesa do consumidor para se questionar a constitucionalidade de tributo, ao argumento de que se trata de direito individuais homogêneos. 2. Ainda que possível a ação civil pública para discussão de matéria tributária, não teria o Ministério Público legitimidade para figurar no pólo ativo da relação processual, já que se trataria de direito individual indisponível. 3. Criando o Direito Tributário obrigação essencialmente individual, não pode ele ser considerado direito coletivo, definido pela Lei 8.079/90 como aquele transindividual, de natureza indivisível, que tem como titular grupo, categoria ou classe de pessoas. Em consequência, também sob o enfoque do direito coletivo incabível a ação civil pública para a discussão, em juízo, de matéria tributária. 4. Por último, mesmo que se tratasse de direito coletivo, não teria ele conteúdo, social, indispensável para tomar legítima a atuação do Ministério Público, nos termos do art. 127 da Constituição. 5. Apelação e remessa providas."

Como expoente dos direitos do consumidor e consequente regramento das relações de consumo, o CDC cuidou de ser abrangente e linhas gerais inovador.

O Código Civil por sua vez, não ficou atrás de tratou de modernizar sua perspectiva para encarar os interesses privados à luz dos princípios e garantias fundamentais aduzidos pela Constituição Federal. Isso resultou numa tratativa mais humanista dos interesses visando o bem comum. A ordem jurídica passa a se preocupar com a essência da liberdade e igualdade e não mais com sua garantia meramente formal.

Isso justifica o esforço do direito brasileiro para realçar o intuito protetivo do consumidor nas mais diversas relações. Como demonstrado acima, os tribunais tem cuidado de uma diversidade de relações, pautadas nos mais diversos interesses. No entanto o que se pode perceber de comum é a prevalência dos princípios como base para analisar a licitude dos contratos.

Calcados na necessidade de preservar a boa-fé, a igualdade entre as partes e o equilíbrio contratual, destacou-se aqui as cláusulas abusivas de maior relevância para as discussões, por estarem em evidência nas relações contratuais e logo nos julgados sobre a matéria.

Contudo, buscou-se com a doutrina fundamentar o estudo de maneira profunda, para compreender os contratos desde os seus elementos mais intrínsecos. Marcado pois pela evolução do consumo e por demais fatores já apontados, responsáveis por fazer surgir e intensificar o uso dos contratos de adesão, essa modalidade persiste em adentrar no convívio das relações contratuais, pois embora seja destacado por suas peculiaridades que muitas vezes são vistas como desvantagens, oferece a oportunidade de otimizar as contratações, alcançar o maior número de pessoas.

Saliente-se pois, que o maior destaque foi dado aos vícios dos contratos de adesão, à luz da necessidade de estudar as cláusulas abusivas.

Acontece que, nada impede que o contrato de adesão seja realizado em conformidade com os preceitos legais. O destaque excessivo aos abusos se dá pela evidente relação dispare que induz a maior risco de abusividade.

Por isso, tanto se socorre do arcabouço protetivo do Código de Defesa do consumidor. Eis que, ao traduzir as cláusulas abusivas conjugadas com o sistema de

proteção legal criado pela norma para combatê-la, tem-se pois os maiores relevos para uma discussão jurídica doutrinária.

De sorte que, pela própria extensão da proteção, pelos reflexos da aplicação dos princípios e pela quantidade de reclamação levada ao judiciário pela fatídica abusividade que acompanha boa parte das relações negociais. Cuida da importância do tema.

Ora, em sua essência o direito regula comportamentos, na órbita civil, pois, trata de todas as condutas ligadas a capacidade das pessoas, seu estado civil, direitos patrimoniais e as coisas, sem desprezar o direito de família e sucessões é claro.

O que toca a esta investigação, é salientar os aspectos que estão ligados ao patrimônio, e todas as relações afim, regulando pois comportamentos frente as relações estabelecidas, neste caso as contratuais, o direito trata de dispor sobre formas em que as pessoas, dentro da legalidade, possam “livremente dispor”, interessa aqui pois que, reger comportamento não quer dizer proibir, mas direcionar à licitude.

Dessa maneira, pode-se expressar que o CC e o CDC cuidam dos contratos e das cláusulas abusivas diante de um cenário em que na grande parte das relações, um dos contratantes, no caso dos contratos de adesão, não só impõe seus termos, como aproveita-se disso para conseguir vantagem.

Quando diante de relação de consumo, a gravidade se dá ao fato de que o consumidor não poderá, em igualdade, dispor sobre o acordo, pois presume benéfico o serviço ou produto pelo seu uso ou destinação, pois não contrataria sem que houvesse interesse.

Nesse diapasão dispõe Eliane Senna (2009, p. 31):

O Poder Judiciário tem marcado posição nas questões que envolvem o consumidor. Cláusulas que estabelecem normas de fidelidade nos contratos de prestação de serviços são ilegais porque ferem o Código de Defesa do Consumidor e restringem a concorrência. O entendimento é do juiz Yale Mendes, do Juizado Especial Cível do Bairro Planalto, em Cuiabá (MT). O juiz condenou uma empresa prestadora de serviço de telefonia móvel a derrubar as regras de fidelidade colocadas no contrato e não cobrar multa pela rescisão contratual de uma cliente. (BRASIL, Ministério Público de Minas Gerais, 2009).

E ainda ressalva:

Para os juízes, as cláusulas que estabelecem as normas de fidelização nos contratos de prestação de serviços encontram-se fixadas de forma ilegal e

ilícitas, violando assim a determinação dos artigos 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor, vez que o mesmo dispõe que os contratos devem ser redigidos de forma clara, vazados em termos que não dificultem a sua compreensão, caso contrário, não obrigarão os consumidores. Como visto acima, ações revisionais de contratos são perfeitamente possíveis quando vislumbrada agressão ao direito do consumidor, mormente no caso de agressão direta às normas do CDC. (BRASIL, Ministério Público de Minas Gerais, 2009).

Nos exemplos práticos encontra-se a demonstração fatídica do intuito da norma.

Resta pois, esboçados alguns exemplos práticos das cláusulas abusivas, bem como a jurisprudência entende ao tratar dos conflitos oriundos da desigualdade das partes, frente a previsão legal da prevalência da boa-fé, da vontade, sem desprezar contudo a sistemática do ordenamento jurídico que cada vez mais se fundamenta por garantir a dignidade humana.

## CONCLUSÃO

A teoria contratual tradicional, considerando o consentimento um dos elementos essenciais para a formação dos contratos, evidencia a diferença dos contratos de adesão ao conceito construído sob os paradigmas cujo a mencionada teoria adota, já que, em sua essência se encontram princípios que concedem amplo grau de liberdade às partes nas contratações.

Diante da simples adesão da parte, que contrata sem liberdade contratual, não pode o contrato de adesão adequar-se à teoria tradicional do contrato, por ferir justamente o dogma maior defendido, isto é, a autonomia da vontade das partes.

Sabendo-se pois que, a figura jurídica do contrato se destina concretamente a tornar efetiva um negócio jurídico, cuja função é a circulação de riqueza, tendo como substrato material uma operação econômica e sendo este seu objetivo (Fonseca, 1998: 57). Pressupõe-se que esse deslocamento se realize em situação de igualdade entre as partes para dispor os termos do acordo, ou seja, que haja correspondência quantitativa entre os dois polos no momento da fixação das prestações.

Assevera Orlando Gomes<sup>20</sup>, “esse método de conclusão subverte o modo normal de formação dos negócios jurídicos de natureza contratual, considerado essencial e necessário a preservar o equilíbrio dos interesses contrapostos e harmonizados pelo acordo de vontades”. Daí a preocupação de assegurá-lo mediante processos que conduzam à restauração da contratualidade efetiva e funcional.

Com efeito, em decorrência da massificação dos contratos, experimentada com a aceleração do processo de industrialização do mundo e conseqüente aumento do consumo, restou necessário a eticização, avultando-se o seu papel social. Assim, realçou-se o valor da justiça, em detrimento da segurança total, propiciada pelo modelo clássico, no qual os efeitos do contrato eram somente aqueles preestabelecidos pelas partes, respeitando-se a autonomia da vontade e o pacta sunt servanda.

Insta salientar, também, a cautela do legislador no que se refere ao controle abstrato do contrato adesão, isso porque ao considerar um exame da

legislação infraconstitucional, o Código Civil Brasileiro, em seus artigos 423 e 424, visa resguardar os direitos do aderente nos contratos de adesão, estabelecendo que, em havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias a interpretação mais favorável seja realizada em benefício do aderente e vedando a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Não obsta pois, a tratativa do Código de Defesa do Consumidor que cuida da matéria, visando proteger aquele que se encontra em posição de hipossuficiência, a quem somente coube aceitar os termos pactuados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ANDREATO, Danilo. “**Tamanho da Letra não vai deixar contrato mais claro**”. Revista Consultor Jurídico, pub. 30 set 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**, São Paulo: RED Livros, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos de Adesão e cláusulas abusivas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23.

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais 9. Ed. — São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.367.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 483.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 470.

FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi *apud* PACHECO, José da Silva. **Do contrato de adesão perante e Novo Código Civil**. Publicado no fascículo semanal ADV COAD 33/2004. Disponível em: [www.coad.com.br/advonline](http://www.coad.com.br/advonline). Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed., atual. e notas Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 1999, p. 345: Pessoa de escassos recursos econômicos, de pobreza constatada, que deve ser auxiliada pelo Estado, incluindo-se a assistência jurídica (CF, art. 203). Redação determinada pela Lei n.º 11.785/08, de 22 de setembro de 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS, Antônio Herman, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Forense Universitária Biblioteca Jurídica, p. 634 e p. 529.

Informação obtida pela exposição de TUCCI, que foi um dos palestrantes do evento “**Arbitragem e Mediação – O Brasil na Rota da Modernidade**”, organizado pelo IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, no dia 9 de dezembro de 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Renan Kfuri. **A maioria da Lei do Consumo no Brasil**. Publicado na Revista Seleções Jurídicas ADV COAD, maio/08: [www.coad.com.br/advonline](http://www.coad.com.br/advonline). Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, RT, 1999.

MOREIRA, Luiz Fernando. **Teoria geral dos contratos de adesão**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=202>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

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

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais** (Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. **Contratos de Adesão: Lei nº. 11.785/08**. Publicado no Portal ADVONLINE – COAD, em setembro de 2008: [www.coad.com.br/advonline](http://www.coad.com.br/advonline).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. Vol. II. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 520-521.