

Os contratos de adesão e o sancionamento de cláusulas abusivas

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de
Direito Civil na Faculdade de Direito da
USP

SUMÁRIO

1. O sentido atual da economia do contrato e a técnica de vinculação por adesão. 2. A existência de cláusulas abusivas e seu sancionamento. 3. Orientações básicas quanto ao alcance desses contratos e o sancionamento de cláusulas abusivas.

1. O sentido atual da economia do contrato e a técnica de vinculação por adesão

Como vimos sustentando, a economia do contrato sofre, de há muito, o desequilíbrio gerado pela ausência de mecanismos eficientes de defesa do consumidor, fenômeno que decorre, principalmente, da defasagem entre a realidade negocial e o direito legislado e a proliferação de contratos de adesão, em que os disponentes promovem a autotutela de seus interesses, às vezes com cláusulas desfavoráveis aos consumidores ⁽¹⁾.

Com efeito, dominado o mercado produtor e o sistema de distribuição por empresas de grande porte — que colocam seus produtos, em maior escala, por via de redes de distribuição indireta, chegando estes aos consumidores através de contratos pré-elaborados —, é nula, ou reduzidíssima, a margem de participação volitiva dos adquirentes ou dos utentes na formação e na consecução dos negócios, na compra de bens de consumo, na

(1) Em vários textos, temos acentuado a existência do desequilíbrio e a necessidade de soluções que, a partir da livre economia, nos parecem mais concretizáveis, diante do quadro atual. O fracasso da política intervencionista e a estagnação da economia são, em diferentes países, os elementos indicativos mais evidentes dessa asserção.

fruição de serviços e em outras operações realizadas para a satisfação de suas necessidades normais

Ajunta-se a esse quadro a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicação existentes — em particular, pela mídia eletrônica — a acrescentar, diuturnamente, novos produtos e a despertar, assim, novos desejos e novos impulsos de compras à civilização atual, que, pela agitação, bem se poderia chamar de “civilização da ansiedade”.

Localizado nesse universo consumista, o particular assiste descrente, em nosso País, a intermináveis choques na economia, a congelamentos e a tabelamentos ineficazes, exatamente em função da inexistência de mecanismos de defesa compatíveis, em um Estado inerme e burocratizado, que não dispõe de condições efetivas e concretas para uma ação decisiva em prol da proteção dos consumidores.

Nesse campo, a intervenção do Estado tem-se pautado, em outros países, pela edição de leis específicas de tutela dos consumidores e pela instituição de organismos de defesa de seus interesses aparelhados de modo adequado. Completa-se essa ação com a atuação do Poder Judiciário, que vem firmando posições de relevo para a proteção concreta dos aderentes (ou consumidores).

Alcança-se, assim, tutela dos consumidores em três planos: administrativo (com a instituição de órgãos próprios estatais de defesa); legislativo (com a expedição de leis específicas) e judiciário (com a fixação de jurisprudência protetiva de largo espectro, como a definidora de responsabilidade objetiva do produtor pelo fato do produto).

Em nosso País, há várias disposições esparsas sobre a matéria, em leis de cunhos diversos, que, no entanto, não encontram aplicação concreta, nem impedem práticas abusivas que se repetem, com frequência, em especial às épocas de deflagração de legislação corretiva emergencial (tais como: sonegação de produtos, cobrança de ágio, diminuição da qualidade de produtos, formação de estoques especulativos, “maquillagem” de produtos e outros atos de desrespeito ao consumidor).

Somam-se a esse estado de coisas as práticas publicitárias abusivas e a imposição de cláusulas e de condições desfavoráveis ao consumidor nos contratos de adesão, sobre as quais nos temos detido, mostrando o respectivo alcance e os reflexos na teoria e na prática contratuais. Vimos então que, não obstante discussões doutrinárias, com posicionamentos díspares, tem-se por presente a noção de que são verdadeiros contratos, cujo contexto, no entanto, é pré-definido pelos disponentes ou fornecedores de bens ou de serviços, ficando em posição de desvantagem os aderentes (2).

(2) O fenômeno vem sendo apontado pela doutrina especializada, tendo, em diversos países, sido editadas leis ou códigos de defesa dos consumidores, com a instituição de mecanismos próprios, em que se destacam as leis da Alemanha, de Portugal, da Suécia, do México.

Realmente, não se mostra animadora a situação dos aderentes, no estágio atual, em termos negociais, pois na contratação por adesão não desfrutam de condições para poder discutir as cláusulas dos ajustes que celebram para a aquisição de bens, para a obtenção de financiamentos, para a fruição de serviços e para a satisfação de outras necessidades vitais.

2. *A existência de cláusulas abusivas e seu sancionamento*

Surgem, com os contratos de adesão, diferentes problemas para os aderentes, a par da quase nula participação de que desfrutam em sua assinatura: imposição de cláusulas não comutativas; imposição de ônus excessivos; falta de informações sobre o negócio, ou sobre os bens; redação equívoca de cláusulas; fixação de sancionamentos indevidos, ou desproporcionais, como a perda de numerário, ou de direito, ou do bem; previsão de exoneração de responsabilidade do disponente; transferência de responsabilidade do disponente para outrem, e outras tantas situações desfavoráveis.

Também quanto ao aspecto formal, inúmeras são as posições de desconforto para os consumidores, que vão desde a impossibilidade de leitura das cláusulas à adoção de formulários lacônicos e, muitas vezes, ininteligíveis, obscuros e de termos dúbios.

Mas, não obstante essas práticas abusivas no plano contratual, para a colocação de produtos na economia de escala, ainda não existe, entre nós, legislação própria para a regência da matéria: o complexo referido alia o casuismo à inexistência de visão sistêmica, não prevendo, ademais, sancionamentos adequados para práticas lesivas a interesses dos consumidores.

O regime contratual geral também não responde às exigências da evolução fática, uma vez que, fundado nos ideais do liberalismo, disciplina as relações entre os contratantes sob uma perspectiva igualitária, incompatível com o desnível existente em concreto, com proeminência dos grandes detentores de capitais.

Alguns temperamentos advindos da intervenção estatal tem-se consubstanciado na instituição de organismos de controle e de fiscalização em vários setores; na disciplinação e na normatização do conteúdo de certos contratos; na fixação de proibições em tema de contratos, ou de cláusulas de contratos, reduzidas, no entanto, a situações individuais discutidas em concreto.

Mas, em verdade, as distorções que o dirigismo contratual tem provocado distanciaram cada vez mais os consumidores de uma efetiva e adequada proteção para seus direitos, fortalecendo, ao revés, pela concentração econômica, os grandes conglomerados, que, com o poder de dispor e de instituir condições, acabam por ditar as regras para suas relações com os

distribuidores e com os consumidores em geral, forçando-os à mera adesão às cláusulas pré-dispostas e, de outro lado, dando azo ao surgimento, por parte de pessoas e de empresas inescrupulosas, das cláusulas abusivas referidas.

Constituíram-se, então, em vários países organizações e associações de defesa de consumidores, que têm exercido papel importante na orientação dos interessados e na definição de cláusulas e de diretrizes de ação (ou na defesa geral, ou na de categorias de consumidores, ou de pessoas economicamente mais fracas, como as de inquilinos). Também os organismos de proteção dos consumidores de cunho estatal têm estabelecido programas e ditado orientações em prol da categoria.

Mas, no Brasil, foi com a Constituição de 1988 que a temática ganhou foros de preocupação geral da Nação, inserindo-se, em seu contexto e no das Disposições Transitórias, normas em que a defesa do consumidor foi erigida em um dos princípios fundamentais da ordem econômica e a expedição de um Código próprio foi ordenada ao Congresso Nacional (respectivamente, art. 170, V, e art. 48 das Disposições Transitórias).

Com a nova Carta, a par de mecanismos individuais de defesa de direitos, passaram ao direito legislado mecanismos de ação coletivos, na proteção de grupos, ou de associações, ou de conjuntos de interesses supra-individuais, permitindo que, na linha do amparo a interesses coletivos e difusos, se elaborasse Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, que, encaminhado ao Congresso para apreciação, redundou no oferecimento de projetos, que ora se discutem, nos quais se consagram os direitos dos consumidores e se proscrevem as cláusulas abusivas sob sancionamento próprio.

3. *Orientações básicas quanto ao alcance desses contratos e o sancionamento de cláusulas abusivas*

As orientações principais a que se pode chegar nessa matéria são: *a)* que a contratação por adesão é técnica ora admitida no mundo jurídico; *b)* não elide a existência de contrato, porque também se caracteriza pela convergência de declarações negociais; *c)* as cláusulas excedentes aos limites da autotutela, que na proposta à adesão se contêm, devem, como abusivas, ser sancionadas juridicamente; *d)* o princípio da autonomia da vontade, inobstante a intervenção do Estado e a ação dos disponentes, continua a prosperar, limitado por interesses gerais da coletividade (portanto, com redução de seu espectro); *e)* o contrato continua, embora sob feições várias, sendo a fórmula jurídica aplicável ao mundo negocial.

Com efeito, a contratação privada pode perfazer-se por técnicas de aproximação diferentes, de que a por adesão é uma delas e com larga aplicação prática, como demonstramos, no atendimento de exigências da própria

vida moderna e em razão das condições em que se estabelecem as múltiplas e complexas relações negociais, concluídas, às vezes, em átimos de tempo. Está, pois, acolhida na prática e na doutrina, em que divergem os autores apenas quanto à sua natureza e o seu alcance. Consubstancia-se pela prévia disposição, por um dos contratantes, de sua vontade negocial, abrindo-se a qualquer interessado o acolhimento.

Nessa modalidade de realização de negócios encontra-se presente a noção de contrato, porque segue sendo pelo encontro das declarações emitidas ou das ações assumidas que se perfaz, em todas as situações possíveis. Ora, acordo de vontade, embora uma esteja pré-estabelecida, é contrato, para todos os efeitos de direito, devendo assim, sofrer o influxo dos princípios e das regras próprias.

Entrementes e a nível individual, é na jurisprudência que o aderente tem obtido amparo em litígios contra abusos nos contratos de adesão, principalmente à luz do princípio da boa-fé e sob cominações próprias a cada situação (como a decretação de ineficácia de cláusula; a profligação de excessos, ou de garantias indevidas, a reparação de danos e outros sancionamentos). Várias decisões há em nossos repertórios, em que se estampa, principalmente, a necessidade de amparo ao economicamente mais fraco, em razão das premissas expostas e fundadas, basicamente, na teoria do abuso de direito e do dano injusto.

Mas, aplicáveis apenas a casos concretos julgados, não têm essas orientações servido à causa comum, beneficiando, dentro dos limites da coisa julgada, as partes envolvidas nas demandas. Daí, a orientação do direito projetado de conferir espectro mais amplo à posição dos Tribunais em questão sobre defesa do consumidor, a par da estipulação de tratamento sistemático ao assunto e a instituição de organismo nacional de amparo aos interesses dos aderentes nos contratos citados: com isso, mecanismos coletivos de ação foram previstos, com a participação de associações de defesa e do Ministério Público, reforçando-se, no plano judiciário, a proteção dos consumidores, a par da instituição de eficiente sistema preventivo.

A nível contratual, as principais posturas do direito projetado residem na definição de contrato de adesão — aceitando-se, pois, a espécie — e na elencação, com declaração de ineficácia, de cláusulas abusivas já detectadas na prática, a par de sancionamentos outros, em especial no âmbito da responsabilidade civil.

Com isso, objetiva-se conscientizar os agentes do mercado quanto à nulidade de tais práticas, bem como obviar o uso futuro, permitindo-se contratação baseada na comutatividade, admitida, no entanto, a técnica em si como meio de contratação.

Cumpra, pois, nos contratos de adesão, analisar-se suas cláusulas e, em sua valoração, detectados excessos, devem ser tidos como abusivos, para o sancionamento jurídico. Devem-se respeitar a comutatividade nos contratos

e todos os demais ditames da respectiva disciplinação jurídica no âmbito da teoria contratual.

Nesse campo, embora a evolução processada no plano ideológico, com a passagem ao neoliberalismo e a aceitação da função social do contrato, prosperam ainda os princípios clássicos, com o sentido e o alcance que atualmente manifesta o pensamento jurídico predominante, que expusemos em trabalho sobre dirigismo contratual ⁽³⁾.

Assim, no mundo negocial é ainda o contrato a fórmula jurídica própria, manifestando-se ora sob formas de consecução várias, mas que lhe não retiram a característica essencial de acordo de vontades instituidor de obrigações no mundo do Direito, subordinado, pois, aos respectivos contornos.

No sentido da proteção do consumidor, impõe-se ora certas orientações, que, com relação a cláusulas abusivas, podem ser expressas nas seguintes e principais observações (aliás, bem captadas pelos elaboradores do anteprojeto de defesa do consumidor): *a)* as cláusulas detectadas na prática devem ser explicitadas em lei e fulminadas de nulidade, além da satisfação de efeitos outros decorrentes; *b)* a par disso, a análise valorativa é que, na prática, definirá o alcance da cláusula, cumprindo, para tanto, na lei, abrigar-se fórmula geral que o permita; *c)* na interpretação dessas cláusulas, em divergências, omissões, ou obscuridades, deve a conclusão favorecer o economicamente mais fraco.

De fato, como nenhuma das partes pode exceder aos limites da ordem pública, da moral, da boa-fé e dos bons costumes — balizas maiores do sistema jurídico — cabe à lei, na defesa do economicamente mais fraco, enunciar e sancionar práticas abusivas detectadas, no mercado, em contratos de adesão.

Mas, o regime legal deve conter fórmula que permita, a par da enunciação de certas práticas, abranger situações outras de abuso que possam ocorrer, para o sancionamento devido, que deve consistir na declaração de ineficácia, sem prejuízo de reações outras compatíveis (como a destinada à reparação de danos).

A análise deve competir aos poderes competentes — judiciais ou extrajudiciais, conforme o caso, dada a participação de entidades administrativas na defesa do consumidor — em cuja interpretação deve prosperar a da exegese mais favorável ao aderente. Com efeito, nos casos de dúvida, de omissão, de obscuridade, e em situações como tais, dada a índole protecionista da legislação sobre a defesa do consumidor, é a seu favor que se deve inclinar o pronunciamento oficial.

(3) V. em especial nosso artigo "O dirigismo econômico e o direito contratual", em RT 526/20, e a extensa bibliografia ali indicada, à qual acrescentamos os novos textos em que embasamos nosso recente trabalho. "Os contratos de adesão e a defesa do consumidor", inserido na "Revista de Informação Legislativa".