

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

JAIME MELO RIBEIRO

OS MECANISMOS DE DEFESA ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
DE ADESÃO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SOUSA/PB

2013

JAIME MELO RIBEIRO

OS MECANISMOS DE DEFESA ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
DE ADESÃO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Petrócia Marques Sarmiento Moreira.

SOUSA/PB

2013

JAIME MELO RIBEIRO

OS MECANISMOS DE DEFESA ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS
DE ADESÃO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Petrócia Marques
Sarmiento Moreira.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Prof.^a Esp. Petrócia Marques Sarmiento Moreira – Orientadora.

Professor Examinador

Professor Examinador

SOUSA/PB
2013

Dedico este trabalho a Deus que sempre está presente em todos os momentos de minha vida, ao meu santo forte Padre Cicero, que sempre me dá força para alcançar todos os objetivos que tenho em mente, a toda minha família, em especial aos meus pais que sempre me apoiaram em busca do meu diploma de bacharel em Direito, a minha namorada que me apoiou nessa jornada na certeza de que no final tudo iria da certo. Em enfim, dedico à feitura desse trabalho de conclusão de curso a todos os meus amigos que de forma direta ou indireta contribuíram para a sua realização.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Jaime Ribeiro Machado e Maristela Ferreira Melo, pela confiança, incentivo e fé; pela referência de ética, dignidade e honra; e por terem proporcionado a mim e a meu irmão, uma ótima educação. Muito Obrigado! Amo Vocês!

A meu irmão, David Melo Ribeiro, por todo amor, carinho, companheirismo e união.

A minha querida namorada Diadna Ramony pelo amor, carinho, amizade, compreensão e por estar sempre ao meu lado.

A todos os meus familiares, que sempre me apoiaram e incentivaram.

A todos os amigos, pela companhia durante todo esse tempo de faculdade, em especial a Cassyo Jorge, Joaquim Emanuel, Samuel Douglas, Fabio Tyrone, Cicero Jorge (Ceará), Tales Jesum... E a todos que estiveram ao meu lado durante todo esse tempo.

Aos amigos de coração (não que os demais citados não sejam) Diego Ramon, Francisco Helder, Zildembergue de Sá, Thiago Aquino, Ângela Márcia Freitas da Cruz, Cicero Roberto, José Duqueza, Dona Altair, Cicero Belém, Edna Belém, Danúbio Romário pelos momentos especiais de convivência juntos.

Agradeço a todos os professores da UFCG, em especial a professora orientadora Petrúcia Marques Sarmiento Moreira, por todo o tempo despendido para a elaboração e aprimoramento deste trabalho, e por todas as preciosas recomendações.

Enfim, agradeço a Deus, a meu “Padim Padre Cícero” que por todo o seu amor, e companheirismo.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você diz, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-las.”

Voltaire

RESUMO

O contrato de adesão é uma realidade presente nas relações consumeristas, possui a finalidade de maior agilidade e rapidez nas relações contratuais, contudo, os fornecedores de bens ou serviços visualizaram a possibilidade de impor sua vontade e esquivarem-se de responsabilidades através da inserção de cláusulas abusivas. Questiona-se: quais são os mecanismos legais que podem ser utilizados pelos consumidores para identificar e proteger-se das cláusulas abusivas impostas nos contratos de adesão pelos fornecedores. Tendo como hipótese: que os consumidores devem exigir que os fornecedores respeitem os direitos consumeristas, exigindo contratos de fácil compreensão, além do recebimento de todas as informações relacionadas ao produto ou serviço que está adquirindo. Caso haja abusividade nas cláusulas contratuais, o consumidor deve procurar os Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor ou Ministério Público, a fim de que sejam retiradas cláusulas abusivas que por ventura possam vir a prejudicá-lo na relação contratual. Dessa forma, a presente pesquisa objetiva analisar os meios de identificação e defesa das cláusulas abusivas nos contratos de adesão que podem ser utilizados pelos consumidores, tendo como objetivos específicos, estudar a evolução histórica das relações contratuais na seara consumerista, examinar os princípios norteadores da relação consumerista, definir o contrato de adesão e seus efeitos jurídicos, analisar as cláusulas abusivas em seus aspectos gerais e suas formas de controle. Para alcançar tal escopo, utilizaram-se dos métodos dedutivo e do histórico evolutivo, bem como a técnica de abordagem com base em estudos bibliográficos, além de observar o disposto nas legislações e julgados pátrios para delimitar o estudo. Os contratos de adesão, muito utilizado nas relações consumeristas, devem ser analisados pelos consumidores, como forma identificar e proteger-se das cláusulas abusivas que são utilizadas pela maioria dos fornecedores em busca de melhores resultados e isentarem-se de responsabilidades.

Palavras-chave: Contratos de adesão. Cláusulas abusivas. Consumidor.

ABSTRACT

The contract of adhesion is a present reality in relations consumeristas, the purpose of greater agility and speed in contractual relationships, however, providers of goods or services viewed the possibility of imposing your will and dodging responsibility by inserting abusive clauses. The question is: what are the legal mechanisms that can be used by consumers to identify and protect themselves from abusive clauses in contracts of adhesion imposed by suppliers. The hypothesis: consumers should require suppliers to respect the rights consumeristas demanding contracts easy to understand, and the receipt of all information related to the product or service wich they are getting. If there abusiveness contractual clauses, the consumer should look for Organ Protection and Consumer Protection or public prosecutor, in order to be removed abusive clauses that perhaps may come to harm in the contractual relationship. Thus, this research aims to analyze the means of identification and defense of abusive clauses in contracts that can be used by consumers, as specific objectives, was studied the historical evolution of contractual relations in consumerist area, examine the guiding principles of the relationship consumerist, define the membership contract and its legal effect, examine unfair terms in its general aspects and forms of control. To achieve this scope, was used the deductive methods and the historical evolution and technical approach based on bibliographical studies, in addition to observing the provisions of the legislations and patriotic judged to delimit the study. The adhesion contacts, very widely used in relations consumeristas, should be analyzed by consumers as a means to identify and protect themselves against unfair terms that are used by most of suppliers in search of better results and to be exempt from responsibilities.

Keywords: Contracts of Adhesion. Abusive clauses. Consumer.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADOC: Associação de Defesa e Orientação do consumidor.

APC: Associação de Proteção ao Consumidor.

CC/02: Código Civil de 2002.

CDC: Código de Defesa do Consumidor.

CF/88: Constituição Federal de 1988

CJF: Conselho da Justiça Federal.

CONDECON: Conselho de Defesa do Consumidor.

CONDGS: Condições Gerais dos Contratos.

PROCON: Programa de proteção e defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO CONTRATO	12
2.1 Evolução histórica e análise conceitual	12
2.2 Tratamento jurídico do instituto do contrato	16
2.3 Princiologia do Direito Contratual	21
2.3.1 Princípios no Código Civil de 2002	22
2.3.2 Princípios no Código de Defesa do Consumidor	26
2.4 Elementos essenciais à formação da relação contratual	28
3 DO CONTRATO DE ADESÃO	32
3.1 Noções gerais e abordagem conceitual	32
3.2 O Contrato de adesão nas relações de consumo	35
3.3 Análise interpretativa do contrato de adesão	37
3.4 Contrato de adesão e figuras afins	39
3.5 Das Vantagens e Desvantagens dos Contratos de Adesão	42
4 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: FORMAS DE CONTROLE	45
4.1 Aspectos gerais das cláusulas abusivas: conceito e características	45
4.2 Publicidades e práticas abusivas	50
4.3 Formas de controle das cláusulas abusivas	53
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Com a expansão da globalização e uma maior interação entre a população mundial, o comércio passou a fornecer produtos que facilitam a vida do homem em sociedade. As empresas investiram capital em busca de produtos mais sofisticados, com a finalidade de atrair o consumidor a adquirir tais produtos. Com esses avanços, as empresas se deparam com um grande número de clientes, surgindo à necessidade de atendê-los de forma mais célere.

Diante dessa situação, os fornecedores começaram a adotar uma modalidade contratual que tornasse mais ágil o atendimento ao consumidor, denominado de contrato de adesão, com o objetivo de economizar tempo nas suas relações comerciais, evitando as negociações das cláusulas contratuais, posto que os contratos são previamente redigidos, faltando somente o consentimento do consumidor. Assim os fornecedores conseguiram atingir um maior número de consumidores em menos tempo.

Diante do desrespeito ao consumidor, e frente ao poderio econômico que os fornecedores detêm, torna-se imperioso questionar: Quais são os mecanismos legais que podem ser utilizados pelos consumidores para identificar e proteger-se das cláusulas abusivas impostas nos contratos de adesão? Com essa desconsideração ao consumidor, o legislador brasileiro instituiu a Lei nº 8.078/90, intitulada como Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de regular as relações de consumo, garantindo uma maior proteção à parte mais frágil da relação jurídica, o consumidor.

Contudo, mesmo com a criação da citada lei, ainda existe por parte das empresas a inclusão de cláusulas abusivas que deixam o consumidor em situação desfavorável, já que o mesmo precisa adquirir tal produto ou serviço. Essa modalidade de contrato deixa o consumidor impossibilitado de debater o teor do contrato, posto que a liberdade contratual não está presente nessa relação contratual, pois as disposições contratuais já foram previamente elaboradas de forma unilateral por um dos segmentos da relação contratual, ou seja, o fornecedor.

O presente trabalho objetiva investigar os meios legais de defesa e os instrumentos adequados para identificação das cláusulas abusivas no contrato de adesão, para tanto far-se-á necessário examinar os princípios norteadores das

relações contratuais, definir o instituto do contrato de adesão e seus efeitos jurídicos, advindos dessa modalidade contratual.

Far-se-á, em consonância com o método dedutivo uma análise dos aspectos gerais acerca do contrato, com base nos elementos constitutivos e nos princípios contratuais, no intuito de compreender o contrato de adesão e a inclusão de cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas. Como métodos de procedimentos serão adotados o histórico-evolutivo e o comparativo. E como técnica de pesquisa será empregada à documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, com o levantamento do material doutrinário e jurisprudencial referentes ao tema ora pesquisado.

Para uma melhor compreensão da temática dividir-se-á a pesquisa em capítulos. No primeiro capítulo abordará a origem das relações contratuais, o tratamento jurídico do instituto contratual, a principiologia do direito contratual, além de examinar os elementos essenciais para a formação da relação contratual. Prosseguindo, no segundo capítulo, será estudado as noções gerais e o conceito de contrato de adesão nas relações de consumo, com delineamentos interpretativos do contrato de adesão e as figuras afins, além disso, comentar-se-á acerca das vantagens e desvantagens da celebração do contrato de adesão.

No terceiro capítulo destinar-se-á ao estudo dos aspectos gerais, conceito e características das cláusulas abusivas, as publicidades e as práticas abusivas utilizadas pelos fornecedores, como também as formas de controle das cláusulas abusivas, fornecendo para o consumidor ferramentas necessárias para a identificação dessas cláusulas, assim como, defenderem-se das mesmas através de instrumentos administrativos e judiciais.

A relevância jurídica do tema consistirá em compreender as várias injustiças que os consumidores sofrem na relação consumerista que envolve fornecedor na elaboração dos contratos de adesão, contratos estes que se expande com uma enorme velocidade e em sua maioria, infringindo as leis e lesionando os consumidores.

Assim, tem o propósito de demonstrar de que forma as cláusulas abusivas são postas nos contratos de adesão, cláusulas essas que em sua maioria prejudicam o consumidor, que diante da necessidade em adquirir o produto, aceitam as regras do contrato impostas somente pela parte mais forte na relação contratual, nesse caso o fornecedor de produtos ou serviços.

2 DO CONTRATO

Desde a antiguidade o contrato sempre esteve diretamente ligado à evolução da sociedade, seguindo as práticas sociais e a economia local. O conceito e a finalidade do instituto em análise sofreram diversas modificações, todavia, o contrato continua sendo sinônimo de transferência de riquezas e circulação de mercadorias.

2.1 Evolução histórica e análise conceitual

No Direito Romano o contrato não era empregado como forma de modificar ou extinguir direitos, somente criava obrigações entre as partes. Visto que, não subsistia exatamente a figura do contrato como é conhecido nos tempos atuais, sendo, portanto o contrato e o pacto espécies do gênero convenção. O pacto seria uma espécie de acordo de vontade, embora não havia a exigência da obrigação pactuada, o credor não podia exigir o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Segundo Venosa (2011, p. 374) “[...] pacto, usado singelamente, não tem a mesma noção de contrato. Utiliza-se para denominar um acordo de vontades sem força cogente”. Já o contrato seria um acordo de vontade que tornava a obrigação exigível por ambas as partes, desde que seguisse algumas formalidades daquela época. Khouri (2012) afirma que o contrato deveria atender formalidades como vontades anunciadas em público, seguido do cumprimento de algumas solenidades.

A partir do Direito Canônico é que se inicia a equiparação do pacto ao contrato, não havendo naquela época alguma distinção entre os dois institutos. Com isso, não seria necessário o cumprimento de certas formalidades para que o contrato surtisse efeito, passando-se a priorizar a declaração de vontade e o consenso entre as partes. Essa inovação é perceptível atualmente no art. 107 do Código Civil de 2002 (CC/02), que isenta o contrato do cumprimento de formalidades, salvo se a lei expressamente exigir. Marques (2011, p. 57), expressa que:

[...] a concepção de vínculo contratual desse período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. [...]

Dessa feita, observa-se uma enorme contribuição efetiva pelo Direito Canônico, no sentido de remodelar o instituto do contrato, substituindo todo formalismo que era imposto no Período Romano, pela declaração de vontade de ambas as partes.

Com a Revolução Francesa e o espírito do liberalismo disseminado por toda a Europa, a burguesia tentava acabar com o absolutismo em busca de um Estado Liberal que não controlasse diretamente a economia, sendo reconhecida para essa nova classe de comerciantes a liberdade de contratar como forma de expandir seus negócios.

Descreve Khouri (2012) que no art. 1.134 do Código Napoleônico determinava que as convenções legalmente formadas fossem como lei para aqueles que às pactuassem. Contudo no liberalismo inexistiam regras contratuais e a economia seguia sem o controle efetivo do Estado. Após alguns anos o Estado Liberal começava a demonstrar sinais de decadência, e a partir daí, tornou-se necessário que o Estado regular-se a economia através de leis que viessem a atenuar as desigualdades, posto que havia um enorme desrespeito aos direitos fundamentais nas relações contratuais.

Nesse momento, o Estado e a sociedade unem-se em busca da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais, pois a economia estava privilegiando as relações comerciais em detrimento desta. Percebe-se que esse princípio emergia como forma de impedir abusos de direito que diminui-se o valor do indivíduo, até porque a relação contratual se forma por dois polos titulares de direitos fundamentais, passando o ordenamento jurídico pátrio a proteger as relações econômicas entre as partes, sem esquecer-se de proteger valores humanos tutelados pelo Estado, pois o mercado não podia superar a dignidade da pessoa humana em busca do lucro a qualquer preço.

A partir de então começa a despontar alguns princípios que reestruturaram o conceito de contrato na atualidade, posto que o contrato como era empregado na época do liberalismo econômico não mais correspondia à nova realidade. Surge um

contrato que respeita e cumpre os direitos fundamentais de ambas as partes, independentemente de poderio social ou econômico.

Observa-se ainda que a Revolução Industrial introduziu na sociedade o desenvolvimento tecnológico como também a explosão demográfica. Diante disso evidenciaram-se fatores que influenciaram na modernização do instituto do contrato, pois com o fortalecimento da globalização o contrato passa a ser o instrumento de dominação econômica.

Aos poucos, os Estados que abdicaram da intervenção estatal nas relações privadas, começam a intervir nas relações econômicas, fato esse notável no art. 421 do CC/02 *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O Estado tenta disciplinar as relações contratuais para que não haja afronta aos direitos e deveres de ambas as partes.

Partindo de como nasceram às relações contratuais, e as várias modificações que esse instituto sofreu por diversos anos, é possível descrever o conceito moderno de contrato apresentado por Diniz (2010, p. 12):

[...] pode-se-á dizer que 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.

Diante desse conceito, o contrato inicia-se a partir da vontade humana em realizar um negócio jurídico no qual duas ou mais vontade entram em consenso sobre determinado assunto. Porém, mesmo diante da liberdade de contratar, que nasceu com o espírito do liberalismo econômico, o Estado atual ainda interfere nas relações privadas, pois permite ao cidadão contratar, desde que não vá de encontro aos interesses do Estado.

Corroborar com esse entendimento Tartuce (2012, p. 2) ao definir o contrato como sendo:

[...] um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Percebe-se que os autores ora citados são unânimes em demonstrar que contrato consiste numa espécie de negócio jurídico, cujo intuito é o acordo de vontade entre os participantes da relação jurídica, tendo como natureza jurídica o caráter bilateral ou plurilateral, e que necessariamente deve estar em conformidade com as normas jurídicas e os princípios gerais do direito que regem os contratos, para adquirir, modificar ou extinguir direitos e obrigações entre as partes.

O contrato torna-se um fato criador de direitos entre as partes que depois de pactuada não mais poderá ser modificado de forma unilateral. Ficando assim acordado como deve se comportar os contratantes durante o período de vigência daquele negócio jurídico. Venosa (2011, p. 384) vem confirmar o pensamento de que ambas as partes devem cumprir o que foi acordado:

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica.

Nesse aspecto, evidencia-se que o princípio da autonomia da vontade é claro quando determina que as partes são livres para contratar com qualquer pessoa, sobre qualquer negócio jurídico. Contudo, quando as partes ajustam as cláusulas contratuais e entram em consenso sobre o acordo de vontades, deve este cumprir na forma em que foi estabelecido, passando a ter força obrigatória entre as partes com o intuito de haver uma maior segurança jurídica. Assevera Farias (2012, p. 59) que:

Todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide.

Assim o contrato consiste na declaração de vontade entre as partes com os efeitos atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio. Não pode esquecer ainda de destacar os pressupostos obrigatórios, contudo tal abordagem será tratada posteriormente.

Sabe-se que o contrato é utilizado nas diversas relações contratuais, cria direitos e deveres entre as partes contratantes como também têm o poder de modificar ou extinguir as relações jurídicas privadas. Nesse modo, as partes precisam ter autonomia e liberdade de contratar, assim o contratante não é obrigado a aceitar uma relação contratual que não concorde ou que, o objeto seja proibido, pois as partes são livres para contratar desde que estejam dentro dos limites que a lei impõe. O Estado intervém nas relações contratuais como forma de atenuar as desigualdades e proteger a parte vulnerável da relação negocial.

2.2 Tratamento jurídico do instituto do contrato

No sistema jurídico pátrio o instituto do contrato está consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no Código Civil de 2002 (CC/02) e sendo assim serão estudadas de forma pormenorizada a disciplina e a regulamentação jurídica dessa importante ferramenta de transferência de riquezas, bens e serviços.

Na época do liberalismo econômico a autonomia da vontade dominava a relação contratual, no qual as partes contratantes eram livres para contratar o que, e com quem quisesse. Todavia uma parte da sociedade começou a acumular riquezas, passando o contrato a não ser mais sinônimo de liberdade, mas sim de opressão, já que os grupos mais poderosos começavam a impor suas vontades perante os mais fracos.

Diante de tal situação surgiu a necessidade do Estado retornar a intervir na economia como forma de estabelecer uma maior proteção à sociedade, e a redução das desigualdades econômica, social e política. A partir de então o Estado Liberal apresentou sinais de fraqueza, e começou a surgir o Estado Social que se preocupava com a economia e a justiça social.

Nesse aspecto, o Texto Constitucional, disciplina que o contrato deve ser executado com a observância dos princípios constitucionais da justiça social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade dentre outros. E sendo assim o contrato passa a ser pactuado respeitando os direitos fundamentais e a influência

que o negócio jurídico pode trazer a sociedade. Farias (2012, p.43) ressalta esse entendimento:

Destarte, o contrato não é um ato isolado, mas uma relação inserida em processos econômico-sociais de relacionamento entre categorias de sujeitos. Quer dizer, apesar da disparidade de poder se exprimir ao nível concreto de cada relação, trata-se de situação a qual dificilmente seus protagonistas individuais poderão se furta, por repercutirem no amplo funcionamento estrutural do sistema econômico e jurídico. Tendo-se em conta as condicionantes sistêmicas que envolvem a relação e nela se projetam, caberá ao ordenamento a estipulação de medidas de controle, correção e compensação, dando origem a uma bipartição do sistema normativo dos contratos. De um lado, um direito geral ou comum, caracterizado pelo predomínio da liberdade contratual, de outro, regimes especiais, onde se consagram variados mecanismos de tutela de interesses relevantes que a autorregulação deixaria indefesos.

Com isso, demonstra-se que o contrato sofreu algumas medidas de controle por parte do estado, como forma de manter uma igualdade entre as partes, pois em muitas relações contratuais, a parte mais vulnerável precisa ser protegida para que haja a diminuição das desigualdades existentes na sociedade. Assim restaurou-se o respeito aos direitos individuais consagrados estes no texto constitucional, além de elencar uma série de direitos sociais, embora não trata explicitamente sobre contrato, todavia traz vários princípios implícitos que serão observados nas relações contratuais.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado, no art. 1º, III, da CF/88 deve está em qualquer tipo de relação contratual, pois abarca todos os direitos básicos das partes nas relações contratuais. Assim a inobservância às normas e princípios constitucionais poderá gerar a invalidade do negócio jurídico. Não se pode permitir que relações contratuais viessem a denegrir direitos fundamentais da pessoa humana. O respeito entre as partes será praticado em todas as fases do contrato, pois segundo Farias (2012) quando ocorre à conclusão de um contrato e as partes emitem sua vontade, reconhecem uma à outra a condição de pessoas.

A justiça social é outro princípio amparado constitucionalmente e necessário em qualquer relação contratual. Refere-se aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa para que os contratantes busquem o lucro de seu trabalho em conformidade com a justiça social. Nas relações contratuais é essencial que os

interesses econômicos e sociais estejam em perfeito equilíbrio, as partes não devem buscar somente o lucro em si, mas também, valorizar o trabalho humano ali empregado. Farias (2012, p. 230) demonstra como o contrato pode está em conformidade com a justiça social:

No alvorecer do século XXI, a justiça contratual se situa na tensão entre eventos jurídicos e econômicos. De um lado, o fenômeno da globalização e da *Lex mercatoria* concebendo múltiplos polos de difusão privada de normas, em detrimento do direito estatal, agora menos interventivo e mais principiante. Aqui releva o mercado na procura de uma economia transnacional eficiente. A outro lado, a valorização dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais locais dos Estados Democrático de Direito e dos direitos humanos nas convenções internacionais, ambos reafirmando as conquistas civilizatórias da modernidade e a tutela do princípio da dignidade humana, sobretudo a tutela do mínimo existencial nas relações patrimoniais. O contrato justo equilibra a manutenção de uma ordem econômica livre com a função promocional da pessoa, objeto do projeto solidarista constitucional.

O contrato além do intuito de transferência de riqueza, deve atentar-se para o devido cumprimento dos direitos fundamentais das partes e dos terceiros que possam ser atingidos por essa relação contratual. Surge dessa forma, o intervencionismo como forma de obter um controle sobre as desigualdades e libertar indivíduos do abuso de direito praticado por fornecedores.

Sabe-se que a função social do contrato guarda proximidade com o princípio da função social da propriedade, exposto no art. 5º, XXIII da CF/88 e nesse contexto, Theodoro Júnior (2009, p. 14) enfatiza que: “o contrato, em princípio, liga-se ao direito de propriedade e atua como instrumento de exercício desse direito no campo vastíssimo da circulação de riqueza”. Como a propriedade atenderá a função social, o contrato promoverá a realização da justiça social com a circulação de riquezas e a nivelação das desigualdades entre os contratantes.

Não raras às vezes o Estado Democrático de Direito disciplinará a liberdade dos indivíduos nas relações patrimoniais, com o intuito de conservar o princípio da dignidade humana e da justiça social, que estarão presentes nas relações contratuais objetivando a repreensão a abusos que venham a desconsiderar tais princípios protegidos no texto constitucional.

O Estado Social possui a finalidade de proteger os mais vulneráveis, para que se possa criar uma sociedade mais justa e solidária, alcançando o objetivo de

erradicar a miséria. Para amparar os vulneráveis das injustiças, existiram leis especiais que garantiram seus interesses, como no caso do CDC que protege os consumidores.

Ainda no art. 5º, inciso XXXII da CF/88 consagrou que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Com isso foi elaborada a Lei nº 8.078, denominada de CDC com a finalidade de proteger o consumidor da massificação da produção e do consumo que deixavam o consumidor em grande desvantagem frente ao poderio econômico que os fornecedores possuíam. Estabeleceu dessa forma uma série de mudanças nas relações consumeristas e no ordenamento jurídico nacional, visto que a defesa do consumidor além de ser um direito fundamental, é também um princípio geral da atividade econômica, conforme reza o art. 170, inciso V, da CF/88:

Art. 170. 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:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

É importante examinar nesse momento os sujeitos que fazem parte da relação consumerista. Têm-se o consumidor e o fornecedor de bens ou serviços. Assim preceitua o art. 2º do CDC que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Já em relação ao art. 3º do mesmo diploma define fornecedor como sendo:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Observa-se que o CDC disciplina normas de ordem pública que são indispensáveis ao consumidor e de observância necessária pelas partes nas relações contratuais, podendo os juízes aplicar a lei independentemente de

provocação do consumidor, como também normas de interesse social, com o intuito diminuir as desigualdades contratuais nas relações consumeristas.

Dessa forma evidencia-se a proteção ao consumidor, parte mais vulnerável na relação de consumo, com a incorporação da tutela jurídica, dentre as quais destaca-se a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e a responsabilidade objetiva do fornecedor em relação aos produtos colocados no mercado. Ao abordar o sistema protetivo aplicável em benefício da parte hipossuficiente da relação de consumo, comenta Cavalieri Filho (2011, p.15) que:

[...] o código de defesa do consumidor é uma lei principiológica, que se destina a efetivar, no plano infraconstitucional, os princípios constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, como já ficou ressaltado. Para tanto, ele criou uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo. Usando de uma figura, costumamos dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito - público e privado, contratual e extracontratual, material e processual - onde ocorrem relações de consumo.

Diante de tal explanação pode-se dizer que o CDC consiste num microsistema responsável pela regulação das relações consumeristas que tem como finalidade proteger o consumidor do abuso de direito praticados pelos fornecedores e reequilibrar as relações contratuais.

Outra questão que precisa ser suscitada no que tange ao tratamento jurídico dos contratos, consiste numa abordagem do instituto em análise no diploma civilista em vigor, posto que se trata de uma espécie de negócio jurídico essencial ao Direito Privado, a principal fonte do direito das obrigações. Sempre que duas ou mais pessoas estiverem dispostos a realizar um negócio jurídico e ambas as partes estão de acordo sobre o assunto a ser pactuado, estarão diante de um contrato, no qual ambas as partes terão direitos e deveres a serem cumpridos.

Vê-se que o Código Civil em vigor disciplina vários tipos contratuais, denominados de contratos típicos, determina algumas peculiaridades que devem ser observadas no momento da formação do contrato, como também, no momento da sua extinção.

O diploma civilista trouxe grandes inovações para o instituto em estudo, tais quais a implementação dos princípios da função social e da boa-fé objetiva, que nasceram com o escopo da prevalência dos valores coletivos sobre os valores individuais, sem perca do valor da dignidade da pessoa humana.

O princípio da função social passa a ser de aplicação obrigatória em todos os modelos de contratos, limitando a autonomia da vontade, pois quando o interesse particular prejudicar os interesses da coletividade, a função social deverá prevalecer na relação contratual. Já a boa-fé tem o intuito de manter a lealdade e cooperação entre as partes, durante todas as fases do contrato as partes agirão com o devido respeito aos direitos e deveres contratuais.

Dessa feita observa-se que os institutos de Direito Civil, e, em especial os contratos estão constitucionalizados, com aplicabilidade direta dos princípios constitucionais frente às relações contratuais. Com isso, os contratos passam a exercer além da função econômica, uma função social, buscando-se uma maior interação entre o lucro e a preservação dos direitos fundamentais entre as partes contratantes, atendendo ao princípio da justiça contratual. Nesse diapasão esclarece Tartuce (2012, p. 50) que:

[...] atualmente está em voga falar em *horizontalização dos direitos fundamentais*, que nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação desses direitos e princípios constitucionais nas relações ente particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata. (destaque do autor)

Vê-se que a efetividade do Direito Civil Constitucionalizado que visa humanizar as relações contratuais, através das normas e princípios que devem ser reconhecidos e aplicados às relações comerciais de forma imediata, conforme os princípios da dignidade da pessoa humana e justiça social, preservando os direitos fundamentais das partes em detrimento da busca incessante pelo lucro.

2.3 Princiologia do Direito Contratual

Observa-se que o contrato deve está de acordo com a lei, e em consonância com os princípios contratuais clássicos como o da autonomia da vontade, da força obrigatória e do consensualismo, assim como os princípios sociais da função social e da boa-fé objetiva. Para tanto se faz necessário examinar os princípios norteadores do Direito Contratual, seja no diploma Civilista, bem como no Código de Defesa do Consumidor.

2.3.1 Princípios no Código Civil de 2002

Ao abordar o princípio da autonomia da vontade, vê-se que o principal objetivo consiste na liberdade que a parte possui ao contratar, sobre o que contratar e com quem contratar. A autonomia da vontade é a junção da liberdade contratual e da liberdade de contratar, esta referente à liberdade que a parte tem de escolher a pessoa do outro contratante, contudo observa-se que essa liberdade encontra-se limitada, pois o contratante às vezes é obrigado a contratar com empresas de serviço público que detém monopólio do serviço.

No que tange a liberdade contratual, trata-se da autonomia que a parte tem de escolher sobre qual conteúdo irá contratar com a outra parte, porém essa liberdade também está relativizada, conforme dispõe o art. 421 do CC/02 *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Dessa feita, o princípio da autonomia da vontade não garante uma absoluta liberdade de contratar, assim como não permite uma total liberdade contratual. Acerca desse assunto, Farias (2012, p. 146) relata a atual reformulação:

Diante do exposto, conclui-se que o ordenamento civil-constitucional não quer que o contrato seja “abstrato”, no sentido de servir somente a utilidade econômica proporcionada às partes, mas “casual”, cumpridor de uma função social. A constituição federal não restringe a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. Na ótica solidarista, a autonomia negocial se condiciona a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma a que o contrato não se restrinja às “vestes da circulação econômica”, mas que, simultaneamente, atue como instrumento a

serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage.

É sabido que o Estado adota alguns mecanismos para que a relação contratual respeite os interesses dos contratantes e da coletividade sendo as partes livres para contratar, desde que respeitem alguns limites impostos pelas leis. Na verdade existe um dirigismo contratual, no qual o Estado intervém na relação jurídica com o intuito de proteger os mais vulneráveis e diminuir as desigualdades sociais.

A exemplo disso pode-se destacar os contratos de adesão, no qual o consumidor não tem a autonomia de escolher como será regulado o contrato, as empresas detentoras de poderio econômico definem de que forma será realizado aquele negócio jurídico, deixando para o consumidor somente a escolha de aceitar ou não o contrato.

Além do princípio da autonomia da vontade o consumidor está sujeito ao princípio da força obrigatória dos contratos, que surge quando as partes realizam um contrato válido e eficaz. Esse princípio determina que o acordo de vontade tem força de lei entre as partes, impedindo em regra geral a irreversibilidade da palavra empenhada, vinculando as partes a cumprir o que foi acordado sob pena de gerar indenização por perdas e danos de acordo com o art. 389 do CC/02.

Lobo (2011) expõe que sua formulação mais antiga foi expressa no art. 1.134 do Código Civil Francês de 1804, no qual se determinava que as convenções legalmente formadas possuía força de lei entre as partes que contraíssem. Farias (2012, p. 154) define a finalidade do princípio da força obrigatória dos contratos:

[...] tendo o contrato como fundamento a vontade intersubjetiva, em princípio, ninguém é obrigado a se vincular, mas, se o indivíduo assim o fizer, o contrato deverá ser cumprido em todos os seus termos. A confiança na palavra empenhada impede que uma das partes se exima de suas obrigações, exceto com a aquiescência da contraparte. Em atenção ao primado da segurança jurídica, a parte recalcitrante se curvará à coerção estatal, tal e qual prescreve o artigo 389 do código civil. Afinal, é justo o conteúdo do pactuado, posto decorrente da vontade soberana das partes. Se o contrato é justo e útil, faz lei entre as partes. A máxima do *pacta sunt servanda* é relativizada somente nas hipóteses de fortuito externo, como preconiza o artigo 393 do código civil.

Assim nasce à obrigatoriedade do cumprimento do acordo entre as partes. Importante frisar que a força obrigatória dos contratos exerce uma maior segurança jurídica entre as partes, e o seu não cumprimento pode ensejar a intervenção do Estado para que haja o cumprimento do contrato em sua integralidade.

No que se refere ao princípio do consensualismo determina este que basta o acordo de vontades entre as partes para que haja o aperfeiçoamento do contrato. Como já enfatizado anteriormente, em Roma exigia-se uma série de formalidade para que o contrato fosse válido, todavia, atualmente não mais necessita desse formalismo na formação contratual. O próprio art. 107 do CC/02 isenta as formalidades, salvo em situações em que a lei expressamente exigir. Gonçalves (2012) esclarece que esse princípio decorre da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo entre as partes, independentemente da entrega da coisa.

Após o estudo dos princípios clássicos, será observado as peculiaridades dos princípios sociais, iniciando-se pelo princípio da função social que surgiu nas relações contratuais com a finalidade precípua de ponderar os interesses econômicos com os sociais, visando assim um controle da autonomia da vontade, pois este, quando estiver em confronto com o interesse social, não pode prevalecer, mesmo que vier a limitar a liberdade de contratar.

Com isso a CF/88 consagra em seu art. 170 que toda atividade econômica esta submetida à justiça social. Nesse caso o contrato está incluso no conceito de atividade econômica, já que tem como uma de suas finalidades, a distribuição de riquezas. Tartuce (2012, p. 58) enfatiza a importância do princípio da função social nos contratos:

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro.

Com essa análise, vê-se que o contrato deve ser elaborado de acordo com a função social, para que não haja a preponderância da vontade de uma das partes sobre a outra, e com isso diminuir as desigualdades. Os interesses individuais e os

interesses sociais devem interagir na formação do contrato, como também no cumprimento deste. Diante disso, percebe-se uma forte influência do princípio da autonomia da vontade no princípio da função social e vice-versa.

Determina Gonçalves (2012) que o princípio da autonomia da vontade consiste na ampla liberdade de contratar, sem a interferência do Estado, no qual as partes podem contrair obrigações visto que, ninguém deve ser obrigado a contratar contra a sua vontade e os mesmos podem estipular com liberdade a disciplina de seus interesses.

Outro princípio essencial à relação contratual é o da boa-fé, que tem o intuito que a relação contratual seja pautada na lealdade e confiança entre as partes, em todas as fases da relação contratual. O art. 113 do CC/02 dispõe que: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Observa-se que, o princípio da boa-fé possui uma função de controle, pois caso seja contrariada em algum momento da relação contratual, as partes podem cometer ato ilícito, conforme expõe o art. 422 do CC/02 que: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Comunga com esse entendimento o enunciado 170 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) ao determinar que:

Art. 422. A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

O enunciado deixa claro que a boa-fé deve ser observada em todos os momentos do contrato, sob pena de serem as partes responsabilizadas por abuso de direito. Peluso (2012, p. 489) esclarece que:

A boa-fé é multifuncional. Para fins didáticos, é interessante delimitar as três áreas de operatividade da boa-fé no Código Civil de 2002. Desempenha papel de paradigma interpretativo na teoria dos negócios jurídicos (art. 113); assume caráter de controle, impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito (art. 187); finalmente, desempenha atribuição integrativa, pois dela emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422).

É imperioso ressaltar as várias funções que a boa-fé incide nas relações contratuais, determinando as funções de interpretação na elaboração do contrato, de controle quando uma parte não respeitar o outro contratante ofendendo o princípio em exame, assim como a função de integração demonstra que os atos das partes precisam estar em conformidade com a boa-fé em qualquer momento do contrato.

Assim, o instrumento contratual deve ser elaborado dentro dos limites da função social, pois visa proteger os interesses meta individuais bem como os interesses relativos à dignidade da pessoa humana. As partes agirão com boa-fé, conservando durante a relação contratual boa conduta, lealdade e ética para com a outra parte.

Percebe-se que as empresas no instante da elaboração de seus contratos não obedecem tais princípios expostos. Em grande parte as empresas elaboram os contratos sem a participação ativa do consumidor, deixando apenas para este, o direito de decidir se aceita ou não os termos do contrato. Na maioria dos casos os fornecedores são detentores de poderio econômico e impõe suas vontades perante os consumidores com cláusulas incompreensíveis ou desconhecidas pelos consumidores, afetando diretamente a função social dos contratos.

É sabido que os fornecedores para aumentarem seus lucros a qualquer custo impõem aos consumidores contratos no qual as letras são minúsculas, como também cláusulas contratuais que isentam de qualquer responsabilidade sobre o produto ou serviço, desrespeitando assim o princípio da boa-fé objetiva.

2.3.2 Princípios no Código de Defesa do Consumidor

O CDC nasceu com o intuito de amparar os consumidores contra os abusos cometidos pelos fornecedores, e restabelecer o equilíbrio entre as partes nas relações consumeristas. Para tanto se faz necessário analisar os princípios contratuais que envolvem as relações de consumo, tais quais: da vulnerabilidade do consumidor, da transparência e da interpretação mais favorável ao consumidor.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o que fundamenta todo o CDC, posto que regulamenta que o consumidor, parte mais vulnerável na relação consumeristas, seja protegido dos abusos cometidos pelos fornecedores, assim como, possui a finalidade de reequilibrar as relações contratuais entre consumidor e fornecedor.

Outro princípio importante para defesa do consumidor é o da transparência, que impõe ao fornecedor o dever de esclarecer todas as informações referentes ao produto ou serviço desejado pelo consumidor. Consiste numa derivação do princípio da boa-fé, pois preceitua que as partes tem o dever de lealdade recíproca a ser concretizada antes, durante e depois da relação contratual. Nesse aspecto o art. 4º do CDC deixa claro essa intenção:

Art. 4º. A 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 [...]

Esse princípio tem como consequência o dever do fornecedor de informar tudo sobre o objeto ou serviço a ser adquirido, sem que exista a ocultação de desvantagens para o consumidor. Vale salientar que o fornecedor não fica obrigado a informar sobre o produto somente na fase pré-contratual, conforme dispõe o art. 10º, § 1º, do CDC, *in verbis*:

Art.10. [...]
§ 1º. O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.
[...]

Dessa forma, o fornecedor está obrigado a comunicar aos consumidores, bem como as autoridades competentes a descoberta de algum perigo que o produto possa apresentar, mesmo no período pós-contratual. O intuito do disposto em comento é proteger o consumidor contra possíveis danos que possam causar a sua saúde e a sua segurança.

No que tange ao princípio da interpretação mais favorável ao consumidor surgiu com a finalidade de preservar o consumidor dos contratos em que o fornecedor estabelece cláusulas mal redigidas ou ambíguas, tendo como solução uma interpretação mais favorável ao consumidor. Geralmente os fornecedores empregam esses tipos de cláusulas em contrato de adesão, pois, impõe suas vontades perante os consumidores.

Acerca desse princípio, o diploma civilista, em seu art. 423 determina que: “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Essa é uma forma de proteger tanto o aderente nos contratos privados, como o consumidor nas relações consumeristas. Além disso, o CDC em seu art. 47 enfatiza esse princípio, impondo uma interpretação mais favorável ao consumidor, ficando demonstrada a preferência que o consumidor terá na hora da interpretação de cláusulas ambíguas ou mal elaboradas.

Os princípios ora citados têm a finalidade de proteger os consumidores contra os abusos praticados pelos fornecedores em busca de altos lucros sem o devido respeito aos princípios gerais de direito e ao ordenamento jurídico. Observa-se diariamente desrespeito aos direitos dos consumidores por parte dos fornecedores que impõe sua vontade nos contratos de adesão, fazendo com que o consumidor somente tenha a opção de aceitar ou não a relação contratual. Consumidor este que em determinados momentos precisam desses produtos ou serviços e são obrigados a submeterem aos abusos de direito cometidos pelos fornecedores.

2.4 Elementos essenciais à formação da relação contratual

Sabe-se que o contrato é uma espécie de negócio jurídico em que há manifestação de vontades produzindo os efeitos desejados pelas partes, em conformidade com a lei. Assim, para que seja válido, deve seguir alguns requisitos necessários como: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não prescrita ou não defesa em lei, a inobservância a tais requisitos pode tornar o contrato nulo.

Dessa forma o contrato para ser válido deve ter necessariamente a existência de duas ou mais pessoas com capacidade genérica para praticar atos da vida cível, bem como o consentimento entre as partes sobre as cláusulas contratuais. Já em relação ao objeto a ser contratado deve ser lícito, não podendo ser contrário à lei, a moral e aos bons costumes. Além da possibilidade física e jurídica, precisa ser determinado ou determinável, admitindo a venda de produto incerto, desde que seja indicado ao menos pelo gênero e pela quantidade. Mesmo não sendo um requisito imposto pela lei, ressaltar-se a importância do objeto a ser negociado ter algum valor econômico para que seja válido o contrato. Nesses termos, Venosa (2011, p. 453) relata que:

Nosso código não dispõe que o objeto da obrigação deve ser suscetível de apreciação pecuniária, a exemplo de outras legislações. No entanto, a patrimonialidade é essencial na obrigação, porque o Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas.

No que se refere à forma dos contratos, adota-se como regra geral a liberdade de forma, ou seja, o consensualismo, podendo as partes celebrar o contrato escrito, público ou particular, verbalmente, conforme determina o art. 107 do CC/02. A respeito do assunto, Diniz (2010, p. 18) diz que:

Os requisitos formais são atinentes à forma do contrato. Entretanto é preciso ressaltar que, atualmente, não há rigorismo de forma, pois a simples declaração volitiva tem o condão de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, gerando efeitos jurídicos independentes da forma de que se revista, seja ela oral ou escrita, de tal sorte que o elemento formal, na seara contratual, constitui uma exceção nos caso em que a lei exige, para a validade do negocio, a observância de certa forma.

Percebe-se que os contratos em regra não seguem uma forma rigorosa, contudo alguns tipos de contratos possuem obediência às formas quando a lei exigir, para que assim, o contrato apresente uma maior segurança e seriedade. Ficam, portanto, demonstrados os elementos essenciais à formação de um contrato, entretanto existem tipos contratuais que necessitam de outros elementos essenciais para sua formação.

Além dos elementos essenciais a formação contratual, faz-se necessário para que se constitua a relação contratual, uma oferta seguida de uma aceitação. Existem casos que para se chegar a um contrato definitivo as partes precisam negociar em caráter preliminar acerca do objeto que será acordado, logo após passa para a fase de proposta e aceitação e em seguida determina o contrato definitivo. Sendo essas formas definidas como as fases da relação contratual.

Diniz (2010) define que as negociações preliminares é a fase em que acontecem conversas prévias sobre o que será acordado no contrato definitivo. Esta fase pré-contratual não tem o poder de vincular as partes, assim eliminando qualquer responsabilidade civil contratual. Embora, haja celeuma no que tange a responsabilidade civil de caráter extracontratual, no entanto, tal assunto não é objeto da temática em questão.

Já em relação à fase de proposta, a formalização da oferta pelo proponente para o oblato, constitui o momento em que há a vontade de uma das partes em formalizar a relação contratual. Sendo assim, surge a vinculação do proponente, pois a oferta é uma manifestação de vontade unilateral que possui efeitos jurídicos, gerando ao proponente o dever de celebrar o contrato definitivo sob pena de responsabilização por perdas e danos conforme o caso concreto. Preceitua o art. 427 do CC/02 que: “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrario não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

O CDC, também, regulamenta em seus artigos a oferta que o fornecedor vier a apresentar aos consumidores, a citar o art. 30, segundo o qual:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O citado dispositivo legal disciplina que o fornecedor tem o dever de garantir o preço, as características do produto e a quantidade oferecida na oferta. Além disso, o fornecedor deve divulgar informações corretas, claras e precisas sobre as características, qualidades e preço do produto ou serviço. Caso haja descumprimento da oferta pelo fornecedor, ao consumidor será assegurado o direito de escolher de qual forma será resolvido aquele problema. Assim, terá este o direito

de exigir o cumprimento da obrigação, aceitar produto ou prestação de serviço equivalente ou então a rescisão do contrato com direito a restituição da quantia equivalente com perdas e danos.

Outro elemento de formação contratual trata-se da aceitação que consiste numa manifestação de vontade unilateral que completa o acordo de vontade entre as partes. Após a proposta recebida, o oblato deve decidir se aceita ou não a proposta elaborada pelo proponente. Caso não concorde com alguma cláusula, detém o direito de reenviar para o proponente a proposta com as modificações, invertendo-se os papéis, passando o oblato a ser o proponente, visto que configura numa contraproposta. Após a apresentação da proposta pelo proponente e a aceitação da proposta pelo oblato, finaliza o acordo de vontades, visto que o negócio jurídico está apto a gerar todas as suas consequências advindas da relação contratual.

Feito tais esclarecimentos, será estudado nesse momento um tipo de contrato muito utilizado hodiernamente nas relações contratuais e que deve ser observado atentamente pelos consumidores no momento de pactuarem uma relação consumerista com os fornecedores: O contrato de adesão, o qual apresenta algumas peculiaridades que podem vir a prejudicar o consumidor no momento em que pactuam a relação contratual.

3 DO CONTRATO DE ADESÃO

O contrato de adesão despontou-se no sistema jurídico com a finalidade de tornar as relações contratuais firmadas entre o consumidor e o fornecedor mais célere, sem a possibilidade de negociações preliminares. Todavia os fornecedores perceberam nesse tipo de contrato uma forma de aumentarem seus lucros e se isentarem de responsabilidades advindas do produto negociado. Com isso surgiu a regulação do Estado através de leis que protegesse o consumidor, parte mais vulnerável nas relações consumeristas, dos abusos de direito cometidos pelos fornecedores de bens ou serviços.

3.1 Noções gerais e abordagem conceitual

No período da Revolução Industrial, época marcada por grandes mudanças na economia mundial, no qual o homem intensificava assustadoramente a sua capacidade de produção, saindo de um processo de produção artesanal, para uma produção em massa, passou-se então a celebrar contrato de adesão.

Com a ampliação da produção e das demandas, os fornecedores começaram a criar forma de fluir mais rapidamente essa produção sem que haja prejuízo na demora do pagamento e da entrega do produto. Passaram a relacionar-se com vários consumidores tornando-se inviável as negociações individuais, instituindo assim o contrato de adesão. Nesse aspecto, Cavalieri Filho (2011, p. 3) retrata que:

O novo mecanismo de produção e distribuição impôs adequações também ao processo de contratação, fazendo surgir novos instrumentos jurídicos – os contratos coletivos, contratos de massa, contrato de adesão, cujas cláusulas gerais seriam estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor.

Como forma de haver uma maior rapidez, os fornecedores elaboravam todas as cláusulas do contrato, com isso o consumidor não participa em nenhum momento

da elaboração, apenas aderiria a uma forma contratual pré-estabelecida, visto que a demora de um contrato paritário poderia causar um considerável atraso no negócio jurídico contratual, sob o ponto de vista do fornecedor.

Nesse período o contrato de adesão se solidificou posto que a evolução da sociedade exigiu uma celeridade maior nas relações contratuais. Assim a necessidade de uma maior circulação de mercadorias consolida essa figura contratual, nesse contexto os fornecedores têm uma maior eficiência de suas empresas, entretanto o consumidor passa a ter menos informações sobre a relação contratual.

Com esses avanços na produção em massa, e o surgimento do contrato de adesão, observa-se alguns abusos de direitos sofridos pelos consumidores, estes cometidos pelos fornecedores. Os consumidores passam a se sentir lesionados com a imposição de cláusulas contratuais limitativas de responsabilidades dentre outras.

Em meio a essas e outras injustiças, em alguns países em pleno desenvolvimento industrial começaram a surgir movimentos em defesa do consumidor. Cavalieri Filho (2011) cita a criação, em Nova York, da “New York Consumers League” que era uma espécie de associação de consumidores que tinha como escopo a luta pela melhoria nas condições de trabalho e a exploração do trabalho feminino no comércio e na indústria. Essa associação elaborava listas onde eram colocados os nomes de produtos que os consumidores deveriam dar preferência, pois essas empresas respeitavam os direitos dos trabalhadores. A associação tinha o intuito de influenciar a conduta das empresas através do poder de compra dos consumidores.

O citado autor enfatiza ainda que na década de 1960, o presidente americano John Kennedy, envia Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre a proteção aos direitos do consumidor, definindo que consumidores seriam todos nós, e determina que o consumidor tenha direito a saúde, segurança, informação e direito de escolha.

Com uma atualização do ordenamento jurídico pátrio, os consumidores começam a ser amparados pelo Estado que cria leis no qual determina que o consumidor é parte vulnerável nas relações consumeristas e o protegendo dos abusos cometidos pelos fornecedores. Cavalieri Filho (2011, p. 7) evidencia que no Brasil surgiram movimentos em prol da defesa do consumidor:

No Brasil, a questão da defesa do consumidor começou a ser discutida, timidamente, nos primórdios dos anos 1970, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim. Assim, em 1974 foi criado, no Rio de Janeiro, o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON); em 1976 foi criada, em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC); 1976, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC); em maio de 1976, pelo decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado de PROCON.

Percebe-se que a proteção jurídica aos consumidores iniciou-se com a criação de pequenas associações civis, seguido de cidades e Estados no qual instituíram normas para proteger os consumidores do abuso de direito cometido pelos fornecedores. Após esse longo processo, a CF/88 determina a elaboração de uma lei, nesse caso o CDC, que venha a proteger o consumidor no âmbito nacional.

Para tanto se faz necessário nesse momento compreender que o contrato de adesão consiste num tipo contratual que visa dar maior agilidade e eficácia aos negócios jurídicos. Assim Diniz (2010, p. 87) conceitua como sendo:

[...] uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que 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.

Nesse sentido, inexistente a liberdade para debater acerca das cláusulas contratuais, no qual fica a cargo do fornecedor total arbítrio para elaborar os termos do contrato, somente restando ao consumidor à aceitação ou não das condições impostas no contrato. Ainda em relação à base conceitual, o art. 54 do CDC define o contrato de adesão, *in verbis*:

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.

Nota-se que o contrato de adesão não consiste em uma espécie nova de contrato, trata-se de um método de contratação em massa, muito utilizado nos tempos atuais com a ideia de agilidade e rapidez, no qual o fornecedor elabora todas as suas cláusulas e impõe sua vontade de forma unilateral diante do consumidor que deseja adquirir o produto ou serviço. Nesse contrato eliminam-se as fases de negociações preliminares, já que uma das partes define unilateralmente as cláusulas do contrato, restando ao consumidor apenas o poder de adesão ao contrato previamente elaborado.

Contudo percebe-se que os fornecedores aproveitando-se da confiança e da boa-fé depositadas pelos consumidores, efetuam a inclusão de cláusulas que beneficia somente uma das partes, nesse caso o fornecedor. As empresas incluem cláusulas abusivas que afetam diretamente os direitos dos consumidores. Entretanto, isso não significa dizer que contrato de adesão é sinônimo de cláusulas abusivas, visto que existem outras relações contratuais que podem ter esse tipo de cláusula, assim como, um contrato de adesão poderá estar isento de qualquer tipo de cláusula abusiva que venha a prejudicar o consumidor.

3.2 O Contrato de adesão nas relações de consumo

Observa-se que a maior parte das relações de consumo utiliza-se o contrato na sua forma de adesão, no qual o fornecedor determina o conteúdo do contrato, com as suas cláusulas previamente elaboradas, restando apenas ao consumidor à opção de concordar ou não com as condições impostas. Com isso vê-se uma mitigação do princípio da liberdade contratual por parte do consumidor.

No que tange ao contrato de adesão é imperioso ressaltar que deve seguir alguns requisitos necessários para sua validação, tais quais: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não prescrita ou não defesa em lei. A inobservância a tais requisitos pode tornar o contrato nulo, todavia, no contrato de adesão não existe a fase de negociações preliminares, pois este tipo de

contrato tem como um dos elementos, a falta de negociações preliminares, inexistindo então, conversa prévia.

Nesse sentido, esclarece Fernandes Neto (2012, p. 49) a formação da relação contratual na forma de adesão:

Consideram-se dessa forma, no contrato de adesão, as cláusulas contratuais gerais, ou, para alguns, condições gerais do contrato, aquelas que, com o escopo de futuramente servirem de conteúdo normativo, foram pré-elaboradas, de forma abstrata, genérica, uniforme e rígida, por uma das partes ou por terceiro desinteressado, visando assim impedir a livre discussão que, como regra, antecede a formação dos contratos.

O contrato é elaborado de forma abstrata, genérica, uniforme e rígida, com o objetivo de economia de tempo com a negociação das cláusulas a serem postas na relação contratual. Após a elaboração do contrato de forma unilateral, é necessária a aceitação do contrato pela outra parte, para que haja a conclusão da relação contratual. Marques (2011, p. 80) enfatiza o exato momento em que se concretiza a relação contratual:

[...] enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (*Stück Papier*), mas se constituiu em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes.

Assim, somente terá validade após a aceitação por parte do consumidor aos termos impostos na relação contratual pelo fornecedor. Falta de um prévio debate sobre as condições do negócio jurídico e pela necessidade de adquirir o objeto acordado, como também à boa-fé depositada nos fornecedores, os consumidores acabam por não observar em quais condições o negócio foi realizado, aceitando algo que o mesmo desconhecia.

Importante observar que mesmo o consumidor aceitando o contrato na modalidade de adesão, caso este contiver cláusulas abusivas, não implica dizer que o consumidor deverá cumprir com o que foi pactuado, visto que no art. 51, § 2º do CDC, determina que se no contrato houver a presença de cláusulas abusiva, estas

podem ser retiradas sem causar prejuízos ao contrato, pois padecem de nulidade irremediável, caso contrário todo o contrato será invalidado.

No que se refere à natureza jurídica do instituto em análise, em um primeiro momento Fernandes Neto (2012) questionou se esse possuía caráter contratual já que o consumidor não teria manifestado a sua vontade diante da elaboração do contrato havendo total desrespeito ao princípio da autonomia da vontade, entretanto o próprio autor (2012, p. 51), em momento posterior, afirma que contrato de adesão possui caráter contratual:

A manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a declaração de sua vontade, e consubstancia-se no seu consentimento; *ipso facto*, com a adesão nasce à relação contratual, que será regida pelas cláusulas predispostas, que serão o seu conteúdo normativo.

No instante em que o consumidor aceita as cláusulas ali impostas, fica concretizada a relação contratual que será disciplinada através de seu conteúdo normativo. O ordenamento jurídico pátrio reconhece o caráter contratual do contrato de adesão, nos arts. 423 e 424 do CC/02, como também no CDC que trás em seu art. 54 o conceito sobre contrato de adesão, e as normas relativas ao modelo de contratação.

3.3 Análise interpretativa do contrato de adesão

Faz-se necessário esclarecer que os contratos devem ter suas informações de forma clara e correta sobre o objeto que está sendo negociado, de acordo com o princípio da transparência exposto no art. 46 do CDC, *in verbis*:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O contrato somente terá plena eficácia quando for dada ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento prévio de todo o seu conteúdo, o fornecedor não pode incluir cláusula após o consentimento do contrato por ambas as partes, assim como, o instrumento não pode dificultar a compreensão do sentido das cláusulas acordadas, pois caso o consumidor tendo conhecimento do conteúdo, não tiver compreendido, o contrato será considerado ineficaz.

Com isso, o contrato deve ser redigidos de forma clara e correta, conforme o art. 54, § 3º do CDC. Os fornecedores ficam obrigados a redigirem seus contratos de forma legíveis e com a fonte não inferior ao corpo doze, possibilitando ao consumidor compreender melhor o que está escrito no contrato, além disso, tenha consciência realmente do que foi pactuado.

Sabe-se que antes o consumidor é quem possuía o dever de tomar conhecimento sobre todas as informações sobre o produto ou serviço que estava adquirindo, porém essa regra mudou, com o CDC, passa a ser obrigatoriedade do fornecedor em esclarecer todas as informações relativas ao contrato e o objeto ou serviço que está sendo negociado, sob pena de não vincular o consumidor à relação contratual.

Contudo, mesmo com imposição do art. 46 do CDC, caso haja no contrato cláusulas ambíguas ou de difícil interpretação o consumidor terá o amparo jurídico, através do diálogo entre o CDC e CC/02, que em seu art. 112, estabelece que o contrato deve atender mais à intenção das partes, nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem, portanto ao ser elaborado um contrato, deve-se procurar a verdadeira intenção que as partes tinham ao pactuarem aquele negócio jurídico.

O art. 113 do Diploma Civilista também institui que ao ser realizada uma relação contratual, o mesmo deve ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, fazendo com que as partes pactuem o contrato sempre com lealdade e confiança, assim como, os costumes do lugar para efeito de uma melhor interpretação jurídica do contrato. O juiz não deve realizar somente uma interpretação literal do contrato, mas deverá analisar todo o contexto em que o contrato foi celebrado.

O Código Consumerista disciplina em seu art. 47, que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de forma que favoreça ao consumidor, assim como o diploma civilista também reforça a mesma ideia. Contudo prestigia o

aderente nas relações civis, no sentido de que quando imposta no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Assim, percebe-se uma maior proteção em relação ao consumidor e ao aderente contra os abusos de direito. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem confirmar a interpretação favorável ao consumidor:

Recurso Especial Nº 311.509 - Sp (2001/0031812-6). Ementa: Direito Civil. Contrato De Seguro-Saúde. Transplante. Cobertura Do Tratamento. Cláusula Dúbia E Mal Redigida. Interpretação Favorável Ao Consumidor. Art. 54, § 4º, CDC. Recurso Especial. Súmula/STJ, Enunciado 5. Precedentes. Recurso Não-Conhecido. 54§ 4ºCDC5 I- Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular nº cinco. II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga 54 § 4ºCódigo de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 2001a)

Ainda é necessário destacar que o art. 54, §1º do CDC determina que mesmo a inserção de cláusula no formulário, não modifica a natureza de adesão do contrato, essa norma existe por que em alguns contratos pode haver a negociação de algumas cláusulas, não descaracterizando o contrato como sendo de adesão. Quando houver esse tipo de cláusulas negociadas entre as partes, a mesma irá prevalecer diante das outras cláusulas do contrato. A interpretação das cláusulas nos contratos de adesão deve favorecer aquele que aderiu a relação contratual, isso acontece para que se mantenha um equilíbrio entre as partes e não aconteça o favorecimento somente da vontade do fornecedor de bens e serviços.

3.4 Contrato de adesão e figuras afins

Ao examinar o instituto dos contratos, e em particular o contrato de adesão, verifica-se que existem outros modelos de contratos que se assemelham com o tipo

contratual em estudo. E sendo assim, se faz necessário elencá-los e fazer uma breve explanação acerca dessas figuras afins. São elas as cláusulas contratuais gerais e o contrato-tipo ou formulários.

Conforme já debatido o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido previamente elaboradas pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor venha a discutir ou modificar o seu conteúdo. Já as cláusulas contratuais gerais é uma espécie de lista com cláusulas contratuais pré-elaboradas pelos fornecedores, para um grande número de contratos. Essas cláusulas são de alcance geral e abstrato e integraram os futuros contratos. Marques (2011, p. 84) explica que:

Assim, condições gerais dos contratos (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos.

Portanto, as cláusulas contratuais gerais na verdade são as condições gerais do contrato. Demonstra que os fornecedores elaboram uma lista de cláusulas contratuais para múltiplos contratos com a finalidade de pré-elaboração de contratos futuros. Sendo, portanto utilizado por empresas que atendem um número indeterminado de consumidores, com o intuito de redução de gastos nas relações negociais para um amplo investimento em competitividade e tecnologia, possuem cláusulas de alcance geral e abstrato, restando à opção de aceitação ou não dos consumidores. Nesse sentido, Farias (2012, p. 311) relata a relação entre as cláusulas contratuais gerais e o contrato de adesão, expondo que:

A relação entre o contrato de adesão e as cláusulas contratuais gerais é de gênero e espécie. A categoria dos contratos de adesão é mais ampla, sendo suficiente a constatação no caso concreto dos atributos da predisposição, da unilateralidade e da rigidez, seja em contratos individuais ou em contratos *standard*. Quer dizer, as cláusulas podem ser objeto de predisposição unilateral e sem margem de transação para apenas um contrato singularmente celebrado ou, então, predispostas para uma série de contratos inseridos em uma atividade tipicamente empresarial. Em síntese, ao

processo formativo do contrato de adesão é suficiente a aceitação, sem negociação, de cláusulas prefixadas.

Diante disso, vê-se que as cláusulas contratuais gerais consiste numa espécie de contrato de adesão, posto que em ambos os casos as cláusulas são elaboradas por uma das partes e deixa para o consumidor a opção da adesão. Entretanto, as cláusulas gerais possuem ainda mais os atributos da generalidade e abstração, pois pode vir a alcançar um número indeterminado de contraentes de forma não particularizada.

Já o contrato-tipo é uma espécie de contrato no qual as cláusulas não são impostas, são pré-redigidas, possuindo a outra parte, a oportunidade de conhecer todo o conteúdo do contrato, possibilitando o cancelamento ou alteração das cláusulas. No contrato de adesão as cláusulas são impostas, entretanto nesse tipo de relação contratual as cláusulas podem ser substituídas. Farias (2012, p. 320) destaca a diferença entre contrato de adesão, cláusulas contratuais gerais e contrato-tipo:

Em comum, contrato-tipo e cláusulas contratuais gerais se inserem em formulários padronizados destinados a um número generalizado de futuras contratações. Todavia, como é sabido, as cláusulas contratuais gerais são marcadas pelo atributo da unilateralidade na sua predisposição pela parte economicamente mais forte. Já no contrato-tipo as partes, de comum acordo a após prévio debate em condições paritárias, predeterminam o conteúdo de uma série de contratos que serão futuramente concluídos. A bilateralidade é o seu elemento distintivo, não obstante partilhar com as cláusulas contratuais gerais os requisitos da abstração e da generalidade. Assim, se um contrato-tipo fosse elaborado por apenas uma das partes, a posterior aquiescência da outra resultaria em um contrato de adesão.

Diante do exposto, fica evidente as diferenças existentes nesses modelos de contratação, visto que contrato de adesão possui a característica de ser elaborado por somente uma das partes, sem que haja o debate sobre as cláusulas impostas. O contrato-tipo mesmo sendo pré-elaborado ainda cabe debate sobre as cláusulas postas no contrato, não possuindo a característica da rigidez nesse tipo de relação contratual e por fim as cláusulas contratuais gerais que atingem vários consumidores de forma geral e abstrata.

Atualmente o contrato de adesão não atende somente a necessidade de rapidez a agilidade no atendimento ao consumidor, fornecedores utilizam esse tipo de contrato e outras figuras afins para que sejam isentos de responsabilidades de seus produtos ou serviços, assim como, aumentarem seus lucros com imposição de cláusulas abusivas, temática essa será tratada em momento oportuno.

3.5 Das Vantagens e Desvantagens dos Contratos de Adesão

O contrato de adesão é uma realidade na sociedade atual, percebe-se a adoção desse tipo de contrato na locação de um imóvel, em um financiamento bancário e em outras situações cotidianas, esse modelo de contrato apresenta algumas vantagens e desvantagens para o consumidor e para o fornecedor.

Os fornecedores têm como vantagem a ausência de negociações preliminares, obtendo assim, maior agilidade na conclusão do contrato, como também, conseguem atender ao número maior de consumidores, e uma rapidez na entrega do produto ou na prestação do serviço. Venosa (2011, p. 395) relata que:

Esses contratos surgem como uma necessidade de tornar mais rápidas as negociações, reduzindo custos. Reduzimos assim a iniciativa individual. Os contratos com cláusulas predispostas surgem, então, como fator de racionalização da empresa. O predisponente, o contratante forte, encontra nessa modalidade contratual um meio para expandir e potencializar sua vontade.

Sob esse aspecto a citada modalidade contratual veio para reduzir custos e acelerar as negociações entre as partes. Entretanto, para os fornecedores surge algumas desvantagens como um aumento nas reclamações dos consumidores em Órgãos de Defesa do Consumidor, assim como, um aumento nos litígios jurídicos pela inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados por essas empresas, causando uma propaganda negativa dos fornecedores que atuam de forma abusiva com os consumidores.

Já os consumidores obtiveram como vantagem, a entrega mais rápida do produto ou serviço prestado pelo fornecedor. Em contraposição, o consumidor se

depara com graves desvantagens, pois os fornecedores visualizam a possibilidade de estabelecer suas vontades, isentarem de responsabilidades, e a inclusão de cláusulas abusivas que desrespeitam os direitos fundamentais do consumidor e afronta o ordenamento jurídico pátrio. Essas cláusulas causam o desequilíbrio entre as partes nas relações contratuais, conduzindo enormes desvantagens desproporcionais aos consumidores. Lobo (2011, p. 135) comenta a inserção de cláusulas abusivas:

Consideram-se abusivas as cláusulas de contrato de consumo ou as condições gerais dos contratos que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor ou predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao consumidor ou aderente e desarrazoado desequilíbrio contratual. Por meio delas, o fornecedor ou o predisponente, abusando da atividade que exercem e da debilidade jurídica do aderente ou consumidor, estabelece conteúdo contratual iníquo, com sacrifício do razoável equilíbrio das prestações.

As cláusulas abusivas têm o intuito prejudicar os consumidores na hora de adquirir o objeto ou serviço contratado, o fornecedor que possui poderio econômico impõe sua vontade perante o consumidor que se vê diante da necessidade de adquirir tal produto, sendo obrigado a aceitar as condições impostas naquela relação contratual. Outra desvantagem para o consumidor é a ausência da fase de negociações preliminares essencial para que o consumidor tenha total conhecimento do que está sendo pactuado. Farias (2012, p. 76) descreve a importância dessa fase, ao afirmar que:

Nas tratativas as partes analisam a conveniência de eventualmente se submeter ao vínculo contratual. É o período propício para pesquisas, reflexões, exame de dados e informações, propostas e contrapropostas, enfim, um conjunto de atos de esclarecimento do conteúdo necessário à implementação do negócio jurídico.

Percebe-se a importância depositada nesta fase, pois se houvesse negociações preliminares as partes elaborariam um contrato em que a vontade das partes fosse respeitada. O consumidor estaria ciente das reais vantagens e desvantagens que poderiam surgir caso a relação contratual fosse pactuada. Para tanto, vê-se que o CDC emergiu com o objetivo de proteger o consumidor das cláusulas abusivas, já que poucos são os consumidores que tem conhecimento de

seus direitos. Tal problemática será analisada em momento oportuno no qual será demonstrado como identificar essas cláusulas, assim como, de que forma o consumidor pode se defender desse abuso de direito.

4 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: FORMAS DE CONTROLE

Com o contrato de adesão, os fornecedores começaram a impor cláusulas abusivas que viessem a favorecê-los, prejudicando o consumidor. Sabe-se que o Código consumerista não definiu o que seria as cláusulas abusivas, entretanto determinou a nulidade absoluta em um rol exemplificativo sendo que tais cláusulas abusivas encontram-se com maior facilidade nos contratos de adesão, pois o próprio fornecedor elabora o contrato de forma unilateral impondo a sua vontade perante o consumidor.

4.1 Aspectos gerais das cláusulas abusivas: conceito e características

O contrato de adesão possui o intuito de rapidez e agilidade nas relações contratuais, entretanto emergiu também, cláusulas abusivas que possibilitaram ao fornecedor direcionar o conteúdo das suas relações contratuais com o consumidor. Essas cláusulas abusivas em sua maioria estão presentes em contratos de adesão, com a finalidade de trazer maiores vantagens para o fornecedor, que procura isentarse de responsabilidades futuras em juízo e deveres em relação ao consumidor. Trazem enormes desvantagens para o consumidor que percebe o seu enfraquecimento na relação contratual, resultando em um desequilíbrio contratual.

Esclarece Marques (2011) que a maioria dos consumidores que concluem contratos de adesão, faz sem tomar conhecimento do que estão aceitando, pois na grande maioria, os fornecedores dificultam a identificação desses tipos de cláusulas, não dando oportunidade ao consumidor de estudar com cuidado o contrato seja por que só terá acesso ao contrato em outro local ou o contrato é longo e possui letras pequenas. Sendo esses meios utilizados pelos fornecedores para que o consumidor sinta-se desestimulado em ter conhecimento de tudo que está posto no contrato, e acaba tendo conhecimento somente das informações básicas declaradas pelo fornecedor. Cavalieri Filho (2011, p. 151) corrobora com essa ideia, afirmando que:

Esse método de contratação padronizada, homogênea e massificada é chamado de adesão, que, a par de inúmeras vantagens que oferece, em termos de racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia, proporciona, lamentavelmente, a prática de abusos de toda a sorte, principalmente quando há desigualdade entre as partes. O consumidor adere ao contrato sem conhecer as suas cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram, mas nem sempre essa confiança é correspondida.

Existem ainda situações que, mesmo o consumidor tendo acesso ao inteiro conteúdo do contrato, aceita a inclusão de cláusulas abusivas, seja porque o consumidor não compreende as cláusulas redigidas em linguagem técnica ou por que realmente necessitava do serviço ou objeto oferecido pelo fornecedor.

Os fornecedores ao realizarem a inserção de cláusulas abusivas nos contratos cometem abuso de direito, que após o CC/02 adotou uma nova roupagem, conforme preceitua o art. 187 “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Dessa forma, toda vez que o fornecedor elaborar cláusulas que não estejam de acordo com a finalidade social e econômica do direito, estará diante do abuso de direito. Cavalieri Filho (2011, p. 173) enfatiza essa ideia:

Os direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façamos uso deles discricionariamente só pelo fato de ser titular de um direito uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta, sem se preocupar com os outros.

A principal finalidade do abuso de direito é contrariar o ordenamento jurídico, sendo uma violação aos limites impostos pelo direito. Deve-se combater o abuso para evitar que o titular deste empregue sua vontade com finalidade diversa daquela que se destina. A boa-fé, a função social e econômica do contrato abarcam todas as hipóteses de cláusulas abusivas, pois esses princípios representam a confiança e a lealdade que as partes devem ter antes, durante e após a relação contratual. Diante de tal abordagem se faz necessário relatar o conceito de abusividade das cláusulas apresentado por Marques (2011, p. 157):

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

Essas cláusulas surgiram para desequilibrar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor de forma extremamente agressiva, e passou a existir um contrato em que há uma vontade excessiva de uma das partes em detrimento da outra, sendo desse modo, constatado um grave desrespeito ao ordenamento jurídico e aos princípios gerais de direito. Importante salientar que essas cláusulas não estão presentes somente em contratos de massa, mas também podem constar a sua inclusão nos contratos paritários. Amaral (2010, p. 222) entende que:

São cláusulas abusivas as que guardam conteúdo desproporcional (excessivo, oneroso, opressivo, vexatório) entre direito e obrigação em detrimento da parte mais fraca na relação contratual de consumo; são disposições contratuais que maculam o sinalagma objetivo (= prestação *versus* contraprestação) que caracterizam as avenças ditas sinalagmáticas. São, enfim, cláusulas que refogem aos fins sociais e à boa-fé que devem presidir os contratos em geral, principalmente os de consumo.

Constata-se o prejuízo que as cláusulas abusivas podem proporcionar para os consumidores, desequilibrando a relação consumidor/fornecedor de forma opressiva e não cumprem, em momento algum, os princípios da função social e o da boa-fé nas relações contratuais, deixando os consumidores a mercê da vontade dos fornecedores.

Sabe-se que os fornecedores utilizam essas cláusulas pelo fato de estarem apegados à antiga ideia da plena liberdade contratual, impondo cláusulas que ultrapassam os limites da boa-fé e da função social e econômica do contrato. Com isso, vão além do que a nova realidade contratual estabelece, abusando do direito quando impõe algumas cláusulas que deixa o consumidor em desvantagem diante do fornecedor, vindo a ser necessária a intervenção do Estado para que seja restabelecido o equilíbrio entre as partes.

A jurisprudência do STJ corrobora com a ideia de valorização da função social do contrato para garantir o equilíbrio contratual, conforme se vê pelo julgado que segue:

Recurso Especial Nº 436.853 - Df (2002/0056031-0). Ementa: Civil. Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Referência à área do imóvel. Diferença entre a área referida e a área real do bem inferior a um vigésimo (5%) da extensão total enunciada. Caracterização como venda por corpo certo. Isenção da responsabilidade do vendedor. Impossibilidade. Interpretação favorável ao consumidor. Venda por medida. Má-fé. Abuso do poder econômico. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. Código de Defesa do Consumidor - A disparidade entre a descrição do imóvel objeto de contrato de compra e venda e o que fisicamente existe sob titularidade do vendedor provoca instabilidade na relação contratual. - O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva.- Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC - O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento.- Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória.- Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem.- Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2006)

O Código Consumerista inovou relativizando o princípio da força obrigatória dos contratos e o princípio da autonomia da vontade em busca da proibição de determinadas cláusulas em contrato de consumo, com o intuito de proteger o consumidor e reequilibrar as relações contratuais. Trouxe ainda para o Direito Contratual valores jurídicos superiores ao dogma da vontade como os princípios da boa-fé objetiva e a equidade contratual.

Em um primeiro momento concebeu direitos para os consumidores e deveres para os fornecedores objetivando uma maior segurança na fase de formação da relação contratual, e em um segundo momento, estabeleceu normas proibindo a

inserção de cláusulas abusivas em contratos consumeristas, visando da uma maior segurança pós-contratual, através de um controle judicial nos contratos de consumo.

Nesses termos, determina Marques (2011) às características próprias apresentadas pelas cláusulas abusivas como o livre arbítrio do fornecedor ao elaborar tal cláusula, a unilateralidade excessiva para a fixação de elementos essenciais ao contrato, à desproporcionalidade das prestações resultantes do negócio jurídico. Em sua maioria, as cláusulas abusivas possuem a características de melhorar a posição contratual da pessoa que estabelece os termos do contrato, nesse caso, o fornecedor, transferindo para o consumidor responsabilidades próprias do fornecedor e causando o desequilíbrio contratual.

Importante frisar uma diferença entre as cláusulas abusivas e as causas que ensejam a revisão dos contratos por fatores supervenientes. As cláusulas abusivas estão presentes nos contratos desde a sua elaboração e aceitação por parte do consumidor e possui a finalidade de provocar prejuízos futuros. Já às causas que dão ensejo a revisão contratual podem vir a aparecer durante a relação contratual, Schmitt (2010) esclarece que um contrato pode ser pactuado de forma lícita, entretanto, o surgimento de algum fato novo pode causar o desequilíbrio entre as partes, dando assim, razões para que se possa pleitear a revisão contratual com o intuito de restabelecer o equilíbrio entre as partes.

Em relação às cláusulas abusivas, o CDC enumerou em seu art. 51 as hipóteses de nulidade absoluta, todas as cláusulas que estiverem contidas no citado dispositivo serão nulas de pleno direito, caso estejam presentes em um contrato de adesão, ou em contrato paritário.

Vale salientar que no citado dispositivo, em seu § 2º, determina que não seja invalidado todo o contrato caso haja a presença de cláusula abusiva. Entretanto somente haverá a nulidade de todo o contrato nos casos em que a retirada da cláusula causar ônus excessivo a qualquer uma das partes. O parágrafo possui a finalidade de obediência ao princípio da função social e da conservação do contrato.

Com isso, tornou-se extremamente essencial à atuação do Judiciário brasileiro no combate as cláusulas abusivas, pois em sua grande maioria, os consumidores não possuem discernimento para identificar esses tipos de abusos por parte dos fornecedores.

4.2 Publicidades e práticas abusivas

Os fornecedores em busca de melhores resultados para suas vendas e aumento nos lucros, passaram a utilizar a publicidade como forma de abranger um público maior para sua empresa. A publicidade contraiu grande importância na sociedade atual, não existindo no mercado empresa que não anuncie seus produtos ou serviços.

Marques (2011) esclarece que o Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária define que a publicidade comercial é toda atividade destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceito ou ideias, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o merchandising.

Prossegue ainda, a citada autora (2011, p. 829) que entende a publicidade no CDC como: “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Percebe-se que a exclusão da propaganda eleitoral, assim como a publicidade governamental do conceito sobre publicidade, pois ambos em nenhum momento têm como finalidade promover o consumismo. Já o CDC definiu a publicidade com a finalidade de promover o consumismo de acordo com o art. 36, além disso, adotou um sistema que controle a publicidade exercida pelos fornecedores. O seu art. 30 é enfático ao declarar que a publicidade veiculada com relação a produtos e serviços vincula o fornecedor a cumprir o que foi anunciado, passando a publicidade a ser fonte de obrigação para o consumidor. Cavalieri Filho (2011, p. 99) afirma que:

Qualquer informação ou publicidade relacionada a produtos ou serviços, desde que suficientemente precisa, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, independentemente da forma ou do veículo de comunicação e, mais ainda, passa a fazer parte integrante do contrato que vier a ser celebrado.

A vinculação da publicidade é realizada pelos fornecedores aos efeitos jurídicos da oferta, que deve ser obrigatoriamente cumprida caso o consumidor venha a realizar o contrato de consumo. O fornecedor passa a ter maiores

responsabilidades ao anunciar propaganda de seus produtos ou serviços, pois seria uma forma de pré-contrato que o obrigará a manter a oferta nos termos em que foi veiculada. Caso haja o descumprimento da oferta, o fornecedor pode ser penalizado.

A jurisprudência do STJ corrobora com a vinculação da publicidade:

Recurso Especial nº 341.405/DF. Ementa: Consumidor. Recurso Especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado- Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, ao realizar um anúncio publicitário, o fornecedor deve ter conhecimento que será responsável pelo que for veiculado na propaganda. Entretanto em busca de auferir maiores lucros, o fornecedor utiliza-se de publicidade enganosa ou abusiva com o intuito de atrair maiores clientelas para suas empresas.

Esse tipo de publicidade enganosa ou abusiva atinge a todos os brasileiros, sejam consumidores ou não, pois ao tomarem conhecimento da propaganda através dos veículos de informações, são atingidos por uma publicidade ilícita. O art. 29 do CDC determina que qualquer pessoa que seja exposta as práticas comerciais abusivas, serão tidas por consumidores, sendo essa uma ampliação do conceito sobre consumidor.

A publicidade possui o poder de estimular o consumidor a adquirir bens ou serviços, e sempre deve fundamentar no respeito, lealdade e boa-fé na relação fornecedor/consumidor. O art. 37 do CDC proíbe a publicidade enganosa, que mesmo por omissão, venha a induzir o consumidor a erro, a respeito das informações do produto ou serviço. O fornecedor não pode induzir o consumidor a ter uma falsa noção do produto ou serviço em oferta. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, em sede de Ação Civil Pública decidiu que:

ApCiv 598498970. Ementa: Ação Civil Pública. Caracteriza-se propaganda enganosa a prática, por estabelecimento comercial, participante da campanha “Liquida Porto Alegre”, de fevereiro de 1997, a veiculação de publicidade anunciando mercadorias, cujos preços estavam iguais e, no caso de alguns produtos, até superiores aos praticados anteriormente à referida campanha já que os consumidores foram enganados, na medida em que, atraídos pela grande publicidade do evento liquidatário, dirigiram-se ao estabelecimento, pensando encontrar produtos à venda com preços mais baixos, no que foram negativamente surpreendidos. Em assim agindo, infringiu o estabelecimento comercial o CDC no seu art. 37 e correlatos. Condenação para veicular contrapropaganda e pagar indenizações ao Fundo de Restituição de Bens Lesados, de acordo com o art. 13 da Lei 7347/85. (BRASIL, 1998)

Deixa clara a proibição, pois não é permitido que o fornecedor induzisse o consumidor a erro diante de uma publicidade que seja enganosa. E caso a publicidade seja veiculada, a responsabilidade será do fornecedor conforme define o STJ:

Recurso Especial nº 92395 RS 1996/0021603-7. Ementa: Recurso Especial nº 92395 RS 1996/0021603-7. Ementa: Publicidade enganosa. A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa, pode acarretar a responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos aos consumidores. (BRASIL, 1998)

Caso o consumidor seja prejudicado pela veiculação de propaganda enganosa, terá o fornecedor o dever de ressarcir eventuais danos sofridos pelo consumidor. Além da publicidade enganosa, existe outra modalidade de publicidade que tem o intuito de vir a prejudicar o consumidor. A publicidade abusiva consiste em uma propaganda que venha a ferir a vulnerabilidade do consumidor, uma publicidade sem ética e que ofende a valores sociais e a toda sociedade. A publicidade ofensiva importa em afronta a valores constitucionais, sociais, éticos e ambientais.

O combate à publicidade abusiva acontece da mesma forma da publicidade enganosa, o fornecedor é responsável pela propaganda ilícita, que promove seus produtos ou serviços. Os fornecedores em busca de melhores resultados nas vendas e nos lucros utilizam práticas comerciais proibidas pelo CDC, que inovou com a regulamentação de algumas práticas abusivas que acontecem com o intuito

de desequilibrar ainda mais a relação contratual desrespeitando direitos inerentes ao consumidor. Cavalieri Filho (2011, p. 149) conceitua que as práticas abusivas:

[...] são ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que, no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais e, principalmente, da boa-fé, pelo que caracterizam o abuso do direito, considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil. Por isso são proibidas.

Vários fornecedores empregam algumas práticas comerciais de ofertas e de agressivas técnicas de vendas sem que haja a compatibilidade com os princípios da boa-fé, equilíbrio contratual e transparência. A própria legislação em questão não determina punições contra os fornecedores que utilizam práticas abusivas. Entretanto, Marques (2011) enfatiza que o consumidor pode buscar a reparação contratual como extracontratual, caso o fornecedor pratique algo proibido por lei, através das perdas e danos compensatórios.

Percebe-se dessa forma que além do consumidor esta refém dos abusos de direitos cometidos pelos fornecedores ao elaborar cláusulas abusivas em contratos de adesão, estão também a mercê de publicidade enganosa e abusiva por parte dos fornecedores que impõe o lucro a qualquer custo, e, além disso, de práticas abusivas que expõem ainda mais a fragilidade do consumidor.

4.3 Formas de controle das cláusulas abusivas

É mister destacar que diariamente o consumidor é vítima dos abusos de direito cometidos pelos fornecedores em busca de melhores resultados comerciais, entretanto para que houvesse uma maior proteção aos direitos do consumidor, o CDC trouxe em seus artigos formas de controle de cláusulas que venham a prejudicar o consumidor. Esse controle exercido pelo Estado é necessário para que seja efetivamente posta em prática a defesa do consumidor.

Com isso o julgador deve ter a convicção de que o contrato não mais pertence à seara da livre autonomia da vontade, pois a função social do contrato é a

causa e o limite para a circulação de riquezas e satisfação das partes, assegurando assim, a observação de novos modelos contratuais que estabelecem relações contratuais socialmente justas.

O art. 105 do CDC disciplina a criação de alguns órgãos a níveis federais, estaduais, distritais, municipais e entidades privadas que poderão realizar a defesa do consumidor pela via administrativa. A essência do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é possibilitar uma articulação dos órgãos que possuem o poder e o dever de proteger o consumidor, adquirindo-se a almejada eficácia social da lei e uma maior agilidade na resolução de problemas consumeristas.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), definido no art. 106 do diploma em estudo, estabelece que o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor é o Órgão Federal, integrante do Ministério da Justiça, responsável por toda a organização administrativa dos órgãos de defesa do consumidor.

O Programa de proteção e defesa do Consumidor (PROCON) é um órgão administrativo para a defesa do consumidor, possui lastro legal nos artigos 55 e 106 do CDC, que define suas atribuições. Khouri (2012) esclarece que o citado órgão tem natureza jurídica de autarquia e integra o SNDC, motivo pelo qual, detém autonomia e competência para fiscalizar e aplicar sanções administrativas previstas no CDC, como também em outras situações pertinentes a defesa do consumidor. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu que:

Agravo de Instrumento nº 199170, 20030020082008agi Ementa: Processual civil. Direito administrativo. Ação anulatória. Agravo de instrumento. Procon. Multa decorrente de prática abusiva contra consumidor. Cdc. - os procon's como órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor têm atribuição, autonomia e competência para fiscalizar e aplicar sanções administrativas previstas na lei n.º 8078/90, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor, consoante o decreto-lei n. 2.181/97. - a decisão recorrida foi pautada num dos atributos do ato administrativo - presunção de legitimidade - a qual demanda prova robusta em contrário para afastar a presunção juris tantum que milita em seu favor, decorrente do princípio da legalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato administrativo vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido. - a decisão monocrática cuidou de ressaltar que a questão posta em juízo carece de maiores elementos de convicção a serem colhidos no regular contraditório da prestação jurisdicional e no juízo a quo. (BRASIL, 2004)

Sendo assim, o PROCON detém força para fiscalizar e aplicar sanções administrativas, aos fornecedores que cometem abusos contra os consumidores. Marques (2011) critica a atuação dos PROCON que ainda não têm exercido um papel firme na proteção do consumidor, pois não soluciona pequenos problemas consumeristas que poderia ser resolvidos de forma administrativa e acabam lotando o judiciário com pequenas questões.

O art. 6º, VII do CDC determina como direito básico do consumidor o acesso aos órgãos administrativos e judiciários, para que haja a prevenção, como também a obtenção de reparação de danos qualquer que sejam moral ou patrimonial, individuais, coletivos ou difusos. Os instrumentos para a facilitação do consumidor a justiça, estão elencados no art. 5º do CDC, e entre eles, a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita, instituição de promotorias para defesa do consumidor, criação de delegacias especializadas, criação de juizados especiais para os litígios relacionados a consumo e a concessão de estímulos à criação de associações para defesa do consumidor.

Esclarece Marques (2011) que o projeto original do CDC possuía normas que previam o controle de cláusulas contratuais pela via administrativa que seria exercido pelo Ministério Público, entretanto, essas normas foram objeto de veto presidencial, restando assim o controle das cláusulas abusivas pelo Ministério Público, através da via judiciária.

O art. 51 do CDC definiu um rol de cláusulas abusivas que, caso estejam contido na relação consumeristas, deve ser declarado à nulidade absoluta *ex officio* pelo Poder Judiciário, já que as normas definidas são de ordem pública e interesse social. O inciso IV, desse mesmo artigo, introduziu como caráter genérico e residual, para as situações que não se acolhem o restante dos incisos. As nulidades absolutas dessas cláusulas adotam como características a insanabilidade, a alegação por qualquer interessado, a dispensa de ação específica para poder ser reconhecida, assim como a imprescritibilidade e a impossibilidade de produzir efeitos jurídicos. Cavalieri Filho (2011, p. 194) enfatiza esse controle afirmando que:

Caberá ao juiz, no caso concreto, constatar a abusividade da cláusula, razão pela qual a declaração de nulidade dependerá sempre da apreciação judicial, mediante provoca ação do

consumidor (por ação direta ou em defesa) ou, ainda, por ato *ex officio* do juízo. As normas do CDC, como reiteradamente enfatizado, são de ordem pública e interesse social, o que autoriza a declaração de ofício da abusividade de qualquer cláusula que se aplique ao conflito submetido à apreciação judicial.

Caso não haja adequação da cláusula, ao rol do art. 51 do CDC, não será impedida a atividade do Juiz em examinar se existe alguma abusividade nas cláusulas contratuais, entretanto será necessária uma averiguação do contrato, e havendo a identificação da abusividade da cláusula, será passível de nulidade absoluta, pois ofende uma norma de proteção a interesse social. O fato do Poder Judiciário atuar de ofício no combate as cláusulas abusivas sofreu enorme injustiça por conta da Súmula 381 do STJ que determina: "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas." Dessa forma, a constatação da abusividade das cláusulas somente terá efeito após um estudo nos contratos bancários, que não poderá ser declarada de ofício a abusividade das cláusulas. Torna-se necessário que o juiz interprete a cláusula dentro do contexto de todo o contrato. Schmitt (2010) afirma que a manutenção dessa Súmula está equivocada, pois gera insegurança e intenso desgaste à proteção do consumidor.

Além de nulidade *ex officio* de algumas cláusulas abusivas, é possível um controle direto dessas cláusulas através de ação de nulidade amparada nos arts. 80 e 83 do CDC que estabeleceu um duplo controle judicial, sendo o controle formal e o controle de conteúdo dos contratos consumeristas. Marques (2011, p. 1.151) faz uma pequena explanação sobre a verificação do contrato pelo Judiciário, ao afirmar que:

[...] o juiz examinará, inicialmente, a manifestação de vontade do consumidor, verificando se foi respeitado o seu novo direito de informação sobre o conteúdo das obrigações que está assumindo (arts. 46 e 54), sob pena de declarar o contrato ou a cláusula não destacada como não existente; verificará igualmente se houve exercício do novo direito de desistência, assegurado ao consumidor pelo art. 49, no prazo de sete dias, nos casos de contratos de compra e venda concluídos fora do estabelecimento comercial, nas conhecidas vendas de "porta em porta" e nas contratações a distancia do comercio eletrônico. O art. 47 assegura também, como frisamos anteriormente, interpretação favorável ao consumidor.

O controle abstrato é outra forma possível de fiscalizar as cláusulas abusivas, que tem como legitimado o Ministério Público, que pode propor ação de controle abstrato de cláusula abusiva, amparado no art. 51, § 4º do CDC, ou então, através da ação coletiva prevista no art. 81 ou da ação civil pública que possui eficácia *erga omnes*, permitido o controle de cláusulas que venha a extrapolar os interesses individuais ou coletivos em contratos futuros, amparando dessa forma, um número indeterminado de consumidores, que podem vir firmar obrigação com fornecedores que praticam abuso de direito em seus contratos.

Nesse aspecto, caso o Ministério Público identifique em um contrato que o fornecedor efetuou a inclusão de cláusulas abusivas, será este notificado para que retire a cláusula, se o fornecedor continuar a utilizar essas práticas, estará dessa forma demonstrando a má-fé, podendo sujeitar-se a sanções administrativas, assim como, a sanções civis de reparação de danos causado ao consumidor.

Marques (2011) esclarece que esse controle pode ser requerido antes que o contrato seja utilizado pelos fornecedores, através de ação proposta pelo Ministério Público que possui legitimidade para propor tal ação, conforme jurisprudência do STJ:

Recurso Especial Nº 334.829 - DF (2001/0087868-3). Ementa: [...] Detém o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador. Não se admite, em recurso especial, a revisão do critério adotado pelo Tribunal a quo, por equidade, na fixação dos honorários advocatícios, em vista da impossibilidade de, nesta via, se reexaminar provas. Recurso Especial não conhecido. CDC constituição. (BRASIL, 2001b)

Vê-se que o Ministério Público tem papel essencial na proteção aos direitos dos consumidores, seja através de órgão conciliação ou através da justiça, com a ação civil pública, ou com a ação de controle abstrato das cláusulas abusivas. Além do Ministério Público, as Associações de defesa do consumidor, assim como as entidades e órgãos da administração pública que forem destinados à defesa do consumidor, e os PROCONs também detém a legitimidade para proporem ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor.

É importante que o consumidor esteja sempre atento no momento que for pactuar um contrato com um fornecedor de bens ou serviços. Precisa ler todas as cláusulas contratuais, discordar de algo que não concorde que esteja no contrato e caso haja cláusulas abusivas buscar os meios legais para que haja o combate a esse abuso de direito que desestabiliza as relações contratuais, assim como desrespeita as leis que protegem as relações consumeristas.

5 CONCLUSÃO

O contrato de adesão emergiu para dar maior agilidade nas relações consumeristas, tornando-as mais céleres para ambas as partes. Por sua vez o fornecedor percebeu a possibilidade de inserir cláusulas que favorecesse a sua vontade em detrimento da vontade dos consumidores. Observou-se que a cláusula abusiva nos contratos de adesão consiste num abuso de direito cometido pelos fornecedores, contra os consumidores que estão à mercê de relações consumerista acarretando um desequilíbrio na relação contratual.

Observou-se que apesar da regulamentação da Lei nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, ainda são utilizadas cláusulas abusivas nos contratos de adesão, desrespeitando o diploma consumerista e deixando o consumidor em posição totalmente desfavorável na relação contratual. Diante disso tornou-se imperioso questionar quais são mecanismos legais que podem ser utilizados pelos consumidores para identificar e proteger-se das cláusulas abusivas impostas nos contratos de adesão pelos fornecedores.

Tendo como hipótese que os consumidores devem exigir que os fornecedores respeitem os direitos consumeristas, exigindo contratos de fácil compreensão, além do recebimento de todas as informações relacionadas ao produto ou serviço que está adquirindo. Caso haja abusividade nas cláusulas contratuais, o consumidor deve procurar os Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor ou Ministério Público, a fim de que sejam retiradas cláusulas abusivas que por ventura possam vir a prejudicá-lo na relação contratual.

A pesquisa foi dividida em três capítulos, ao passo que o primeiro tratou da evolução histórica e análise conceitual dos contratos, o tratamento jurídico do instituto do contrato, o estudo da principiologia do Direito Contratual no diploma civilista e no Código de Defesa do Consumidor, como também os elementos essenciais para a formação da relação contratual. No segundo capítulo, foram estudadas as noções gerais e o conceito de contrato de adesão, com delineamentos interpretativos do contrato de adesão e o estudo das figuras afins do contrato de adesão, assim como, suas vantagens e desvantagens na celebração do contrato.

No terceiro capítulo, examinaram-se os aspectos gerais das cláusulas abusivas, sob o enfoque do conceito e as características inerentes ao instituto como

meios de identificá-las na relação contratual. A publicidade e as práticas abusivas utilizadas pelos fornecedores para aumentarem seus lucros. Abordou-se ainda o controle das cláusulas abusivas pela via administrativa, através dos Órgãos de Defesa do Consumidor, assim como também, através da via judicial.

Diante do exposto, alcançaram-se os objetivos propostos, uma vez que a pesquisa desenvolveu-se numa estrutura lógica, tendo sido adotados os métodos, acerca da abusividade de cláusulas em contratos de adesão. Para a realização posto que partiu-se de uma análise dos aspectos gerais acerca dos contratos, com base nos elementos constitutivos e nos princípios contratuais, com a finalidade de compreender o contrato de adesão e a inclusão de cláusulas contratuais abusivas. Como técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, com o levantamento do material doutrinário e jurisprudencial referentes ao tema ora pesquisado.

Diante de todos os argumentos suscitados, constatou-se que os fornecedores no exercício da autonomia da vontade passaram a incluir cláusulas abusivas nos contratos de adesão, constituindo assim um grave desrespeito aos direitos do consumidor desestabilizando as relações consumeristas. Contudo, demonstrou-se que as novas relações contratuais devem observar os princípios da boa-fé e da função social, para que sejam pactuados contratos em que prevaleça o equilíbrio contratual e o respeito aos direitos das partes, assim como, os meios legais para que o consumidor identifique e proteja-se de cláusulas contratuais utilizadas por fornecedores que tem o intuito de aumentar seus lucros e esquivarem-se de responsabilidade.

No decorrer da pesquisa restou-se demonstrado que o consumidor apesar da proteção do Estado através de leis que possuem o intuito de proteger o consumidor, ainda é desrespeitado por muitos fornecedores que ainda se utilizam das cláusulas abusivas. Aproveitam-se da hipossuficiência do consumidor, impondo a sua vontade, causando um desequilíbrio contratual entre partes e não atendendo aos princípios da função social e da boa-fé que devem nortear as relações contratuais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula nº 381**. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=120> . Acesso em 29 de mar. 2013

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 311.509 - SP** (2001/0031812-6, 4ª Turma, Brasília, DF, DJ 02 de maio de 2001a. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=208230&nreg=20100318126&dt=20010625&formato=PDF>> . Acesso em 20 de mar. de 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 436.853 - DF** (2002/0056031-0), 4ª Turma, Brasília, DF, DJ 03 de maio de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=672918&sReg=200200560310&sData=20070305&formato=PDF>. Acesso em 20 de mar. de 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 341.405** , 3ª Turma, Brasília, DF, DJ 03 de set. de 2002. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=370562&sReg=200101015173&sData=20030428&formato=PDF>. Acesso em 21 de mar. de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Ação Civil Pública. Nº 598.498.970**. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 17 de fev. de 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 10 de abr. 2008

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 92.395** , 3ª Turma, Brasília, DF, DJ 04 de fev. de 1998. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600216037&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em 21 de mar. de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do DF. **Agravo de Instrumento nº n.199.170**, 20030020082008agi. Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, Brasília, Relator: Hermenegildo Gonçalves, Julgado em 30 de ago. de 2004. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7332589/agravo-de-instrumento-ai-70215620038070000-df-0007021-5620038070000-tjdf> >. Acesso em: 21 de mar. de 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 334.829**, 3ª Turma, Brasília, DF, DJ 05 de Nov. de 2001b. Disponível em< <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=16265&nreg=200100878683&dt=20020429&formato=PDF>>. Acesso em 21 de mar. de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CIVIL, Código (2002). **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados**. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em 19 de março de 2013.

CONSUMIDOR, Código de Defesa do Consumidor (1990). **Vade Mecum**. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. V 3. 26 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. V 4. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas: o abuso do direito no código civil e no código de defesa do consumidor**. 1 ed. São Paulo: Atlas 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. V 3. 9 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Manole, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. V 3. 7 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. V 2, 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.