® BuscaLegis.ccj.ufsc.Br

A aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor x o aspecto da invariabilidade do conteúdo dos contratos de adesão

Andrew Patrício Cavalcanti*

A democracia não é exatamente o regime jurídico que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais.

Ruy Barbosa

1.Considerações preliminares

Antes de adentrarmos especificamente na seara do princípio da vulnerabilidade, no âmbito do Direito do Consumidor, faz-se mister tecermos algumas considerações acerca dos princípios de uma forma ampla.

Quando pensamos no vocábulo "princípio", talvez a primeira definição que nos venha à mente seja a de que essa palavra converge a começo, início, origem. O lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda nos remete à seguinte acepção: "são proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado" (1988, p. 529)

O ilustre doutrinador Miguel Reale, nesse diapasão, assim doutrina:

(...) são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis. (1998, p. 305).

Os princípios gerais do direito se caracterizam por serem fontes do direito habitualmente não-escritas, constituindo as normas primeiras, fundamentais, que orientarão tanto lógico como moralmente a posterior elaboração legislativa. Reale ensina que eles "condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas" (1998, p. 306).

Os princípios, na esfera do Direito do Consumidor, igualmente condicionam e orientam a aplicação e integração das prerrogativas deste. Assim, os operadores do direito hodiernos não devem hesitar em sua aplicação para a solução de novos litígios, que, com o passar do tempo, adquirem feições cada vez mais especializadas.

Vale salientar que o contrato de adesão, até poucas décadas atrás, configurava-se enquanto uma figura completamente ausente do ordenamento jurídico positivado, estando presente no dia-a-dia das relações de consumo, encontrando-se, todavia, fora da letra da lei.

O seu aparecimento, desta forma, caracterizou-se como sendo um novo fato no âmbito social, sendo responsável pelo advento de uma lacuna jurídica. Desse modo, o surgimento de uma lacuna como essa não apenas permite, mas obriga os julgadores a estarem sempre atentos, com uma visão dinâmica e perfeito entendimento da vida prática atual, para que possam proteger tais situações no âmbito jurídico, não podendo se escusar da responsabilidade de proferir sentença.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que os princípios, ao contrário do que pensam os meros "legalistas" do Direito, não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, mas, como defende o ilustre professor Reale, "toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito" (1998, p. 318), podendo ser considerados, de fato, como sendo verdadeiras pedras angulares do ordenamento jurídico.

Neste sentido, resta evidente o fato de que o cerne fundamental do Direito está consubstanciando nos princípios, e não apenas nas normas jurídicas.

Os princípios podem, assim, ser encarados como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do direito, estando a doutrina contemporânea, de modo ascendente, preocupada em destacar a sua importância.

Doutrinadores como Sánchez Román defendiam que os princípios gerais do direito não podiam ser invocados como verdadeiros dogmas abstratos de moralidade e justiça, desencorajando, até mesmo, a sua utilização, questionando a sua segurança jurídica, na medida em que preconizava:

Además, eso de principios generales del Derecho no es frase tan precisa ni de sentido tan uniforme en la variada concepción individual, que no traiga consigo algún peligro de arbitrariedad judicial, y, sobre todo, una falta de concreción predeterminada y conocida, a la inversa de una regla previamente establecida... (Román apud DEL VECCHIO, 1948, p. 143). (1)

Entretanto, não podemos corroborar o raciocínio do supracitado autor, já que acreditamos que a utilização dos princípios, pelo julgador, enquanto fonte do Direito, inspira confiança jurídica, principalmente no que converge à seara do Direito do Consumidor, já que, por exemplo, se compararmos alguns de seus princípios com determinados princípios fundamentais da Constituição Federal, constataremos que operam

em completa consonância, podendo ser considerados, até mesmo, reflexos uns dos outros, já que o próprio Direito do Consumidor foi primeiramente invocado no texto constitucional, que o definiu como sendo um direito fundamental, como preceitua o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez em nossa história jurídica, contemplou os direitos do consumidor. No inciso XXII do artigo 5º dispôs a carta: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Nesse dispositivo Estado está como denominação genérica de administração, por todos os seus entes públicos. Não bastasse isso, a Constituição Federal tornou a defesa do consumidor um princípio geral da ordem econômica (artigo 170, V). Ainda, o artigo 48 das Disposições Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse código de defesa do consumidor. Assim sendo, foi promulgado o código que já atravessou os primeiros dez anos de vigência, com profícuos resultados na sociedade brasileira. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) colocou nosso país dentro das mais modernas legislações protetivas das contratações de consumo, mormente das contratações em massa. (VENOSA, In. Site do MPF: 18 de setembro de 2002).

Além disso, é sempre bom salientar que incongruências entre os princípios e as normas propriamente ditas não são construtivas. O famoso jusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio consubstanciava o seu raciocínio de que entre os princípios gerais do direito e as normas particulares não deveria subsistir desarmonia ou incongruência. Assevera Giorgio Del Vecchio:

Tales principios, a pesar de tener carácter ideal y absoluto, por consecuencia del cual superan virtualmente el sistema concreto de que forman parte, no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; pero tienen valor, sin embargo, sobre y dentro de tales normas, puesto que representam la razón suprema y el espíritu que las informa... (DEL VECCHIO, 1948, p. 147). (2)

Verdross é ainda mais enfático na defesa de que não deve haver, em hipótese alguma, discrepância entre os princípios e as normas, já que há a possibilidade de um princípio vir a se tornar uma norma formal. Transcrevemos as palavras do doutrinador:

No sólo es posible, sino que es frecuente, que un principio que comenzó siendo un principio general del derecho se convierta más tarde también en norma de Derecho convencional o consuetudinario (1955, pp. 138-139). [(3)]

Desse modo, podemos considerar essas fontes jurídicas como sendo válidas e seguras, por estabelecerem regras que independem da arbitrariedade surgida pela elaboração de normas advindas unicamente da vontade jurídica, sendo o seu reconhecimento perceptivo, estando consubstanciados acima da vontade dos Estados. Versaremos, em seguida, acerca da problemática da aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

2. A aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor

O *caput* do Art. 4º da **Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é claro ao estabelecer que o fim supremo das** relações de consumo deve ser o atendimento efetivo aos anseios e necessidades dos consumidores, devendo possuir total observância valores como o respeito à sua dignidade, bem como a proteção de seus interesses econômicos, sendo ressaltado o aspecto da transparência e harmonia das relações de consumo, que devem atender aos princípios que são citados nos incisos em seguida.

Através da análise do supracitado artigo podemos constatar a clara orientação normativa no sentido de que o equilíbrio nas relações de consumo deve possuir observância completa, partindo-se do pressuposto de que o consumidor é a parte mais frágil da relação, além de sua proteção concretizar um patamar de harmonia entre os princípios constitucionais da liberdade econômica, da justiça social. Luiz Antonio Rizzatto Nunes corrobora esse raciocínio, na medida em que doutrina:

(...) o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. (2000, p. 106).

Após valoroso ensinamento, passemos ao primeiro princípio expressamente reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é o "princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo", ou, simplesmente, o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Este pode ser considerado como sendo aquele que caracteriza o consumidor, intrínseca e indissociavelmente, como ente vulnerável, sendo uma premissa básica e indispensável ao justo e equânime estabelecimento das relações de consumo.

Alguns autores elencam o princípio em questão como sendo o cerne de todos os outros princípios do Direito do Consumidor. Já doutrinadores como Paulo Luiz Netto Lôbo consideram que há uma abrangência daquele por parte do princípio da equivalência material, que, segundo ele, seria responsável pela preservação do equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, preservando-se a um justo equilíbrio contratual. Afirma Netto:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico pacta sunt servanda passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. (LÔBO, In. Jus Navigandi: 18 de setembro de 2002.)

Percebe-se, dessa forma, o manifesto esforço de se evitar uma relação desigual e injusta, impedindo-se, dessa forma, qualquer prejuízo para o consumidor. O código de Defesa do Consumidor foi criado, exatamente, sob a perspectiva do reconhecimento da vulnerabilidade do indivíduo tutelado, sendo aquela o fundamento e a razão de ser de tal diploma jurídico, tentando-se, de todas as formas, buscar valores e princípios imprescindíveis, como a função social do contrato, para que fosse efetivada uma convivência mais equânime nas relações de consumo do homem.

Segundo a doutrinadora Cláudia Lima Marques (1999, p. 391), o primeiro instrumento para assegurar a eqüidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa, é a interpretação judicial do contrato a favor do consumidor. No mesmo sentido, Hugo Leonardo Penna Barbosa:

O supramencionado diploma (CDC) legal buscou tratar desigualmente pessoas desiguais, levando em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de produtos e serviços. O inciso I do artigo 4º do supramencionado diploma legal é claro ao dispor que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo possui status de princípio, com o objetivo precípuo do atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e, por fim a melhoria de qualidade de vida. *(BARBOSA, In. Intelligentia juridica: 09 de setembro de 2002).*

Estabelece-se, assim, uma nova realidade na qual a desigualdade passa a ser reconhecida e positivada em um dispositivo legal, extinguindo-se a velha máxima de que a lei deve ser aplicada igualitariamente a todos. A desigualdade passa a ser reconhecida, e o Estado deve intervir nas relações jurídicas quando houver, expressamente, disparidade entre as partes, ou seja, quando o poder de uma delas prevalecer na relação. O princípio da vulnerabilidade, enquanto fonte autônoma do direito, possui total respaldo jurídico para a sua aplicação. O Estado, assim, na figura da jurisdição, quando provocado, passa a assumir um importante papel controlador nas relações jurídicas, dosando os poderes para que a desigualdade não prevaleça. O princípio positivado da *pacta sunt servanda,* diante dessa nova ótica, não passa a ser aplicado indiscriminadamente na interpretação dos contratos como antes, prevalecendo a especificidade das condições gerais, consubstanciada em princípios essenciais como a função social do contrato e a boa-fé contratual.

---

3. A invariabilidade do conteúdo dos contratos de adesão.

Traçadas as diretrizes do princípio da vulnerabilidade do consumidor, estamos prontos para discorrer acerca de um árduo e não menos controverso instituto jurídico: o contrato de adesão. Este, teoricamente, não se caracteriza por ser equilibrado e justo, já que não é marcado pela livre discussão das cláusulas contratuais entre as partes envolvidas.

Antes previsto apenas no Código de Defesa do Consumidor, a partir do próximo ano estará em vigência presente em outro diploma legal, o Novo Código Civil, passando a contar com uma proteção que não possuía anteriormente.

O *caput* artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) conceitua o contrato de adesão como sendo:

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 o conteúdo.

O doutrinador Orlando Gomes, acerca de tal instituto, preceitua:

É o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas (1972, p. 03).

A partir destas definições, podemos chegar a um nítido e importante aspecto desse tipo contratual: a invariabilidade do conteúdo de suas cláusulas contratuais. Assim, essa figura contratual se diferencia, essencialmente, pelo seu aspecto de conclusão, já que em nenhum momento será dada a oportunidade de livre discussão, de negociação entre as partes. Talvez por essa característica o contrato de adesão seja considerado por alguns não uma categoria contratual, e sim uma forma de contratar. Estes consideram que qualquer tipo de contrato, em tese, pode revestir-se dessa forma.

Luiz Guilherme Loureiro (2002, p. 117) defende que o instituto jurídico em pauta possui justificação pelo fato de haver, no mundo atual, uma natural tendência das empresas a racionalizar seus instrumentos de ação. De acordo com os seus ensinamentos, o mundo econômico aparece determinado por um ritmo dinâmico de produção, predominando os negócios de massa, não sendo muitas vezes possível a negociação individual de cada cliente.

Luiz Rizzatto Nunes corrobora esse raciocínio, na medida em que preconiza:

(...) o direito acompanhou tal movimento industrial e criou modelo próprio de contratação, adequado ao processo industrial que surgia. Passou-se a criar fórmulas padronizadas, autênticas cláusulas contratuais em série, verdadeiros contratos de consumo. (2000, p. 613).

Concordamos com o fato de que o escopo da utilização do contrato de adesão, quando tal emprego é pautado em princípios fundamentais como o da vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé e a justiça social, é agilizar as relações comerciais na qual a negociação individual das cláusulas contratuais seria uma atividade complexa e que demandaria bastante tempo, surgindo a necessidade de agilização nas transações. Um

exemplo hodierno seria a propagação dos contratos eletrônicos nos meios virtuais, que não permitem a livre negociação dos termos e condições do negócio.

Entretanto, devemos atentar para o fato de que, ao mesmo tempo em que facilitam as relações contratuais em massa, tais contratos podem ser mais vantajosos para a parte de maior poder econômico efetivo.

Nesse contexto, a propagação de cláusulas abusivas, em que o consumidor é obrigado a aderir um texto predefinido, em que não teve efetivamente nenhuma oportunidade de modificar ou participar de sua elaboração, é um iminente risco que todos nós estamos suscetíveis de correr, bastando que, para isso, efetivemos uma relação contratual desta espécie, em que a empresa- parte mais forte- provavelmente se inclinará a elaborar um contrato em que fique protegida das atribulações da contratação, já que possui vasto conhecimento neste processo.

Entretanto, há regras de formalização do contrato de adesão que devem ser observadas, sob pena de suas disposições serem consideradas nulas. É o que está disposto nos parágrafos subseqüentes ao caput do Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

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

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

Podemos considerar que o contrato de adesão somente será um instrumento de contrato válido após a verificação, pela autoridade pública, dos princípios da boa-fé, da vulnerabilidade do consumidor e da função social do contrato, devendo estes estar presentes nas cláusulas elaboradas pela parte fornecedora, que são infundidas a uma coletividade de uma forma geral, além da observância das prerrogativas supramencionadas. Se todos esses requisitos forem ratificados, entendemos haver uma espécie de consentimento informado.

Vale salientar que devido ao artigo 54, § 3º, os contratos atuais têm duas assinaturas, uma de adesão e a outra confirmando que leu o contrato. Igualmente devido a este dispositivo, temos a existência de contrato de adesão verbal, como, v.g., a assinatura eletrônica de cartões de crédito .

4- Considerações Finais

O contrato de adesão, enquanto ferramenta a serviço das práticas comerciais, caracterizar-se-ia como sendo, simplificadamente, uma espécie de formulário no qual uma das partes - geralmente a mais forte - ordenaria dispositivos contratuais que solidificam os seus anseios, consubstanciando-se a adesão da outra parte. Por diversas vezes tal adesão se dá pela urgente necessidade de se adquirir um serviço ou produto, não sendo sinônimo de total concordância com todas as cláusulas do instrumento de contrato.

Fica-nos clara uma preocupante disparidade entre os poderes das partes, havendo, dessa maneira, uma relação de suposta desigualdade. Em um contrato de fornecimento de um bem, *v.g.*, a parte que o adquire teria, supostamente, algum poder de barganha frente à parte fornecedora. Infelizmente, a realidade não se mostra muito favorável a este raciocínio.

Destarte, na maioria das vezes essas espécies contratuais de adesão estarão à espera de um cliente que aceite todas as cláusulas em bloco, sem poder contestar uma vírgula sequer. Tal premissa pode estar presente desde a aquisição de um veículo automotor em uma concessionária, até mesmo em um aparentemente inofensivo contrato de aquisição de aparelho telefônico móvel, que, aparentemente, pode certificar grandes vantagens, podendo contar, porém, com alguma cláusula bastante abusiva e não menos repulsiva.

Dessa forma, faz-se indispensável a necessidade da indagação acerca da validade jurídica dessas espécies contratos de adesão. Em nossa concepção, nulas serão as cláusulas contratuais que não forem regidas pela boa-fé e a eqüidade, além do princípio da vulnerabilidade do consumidor, funcionando estes últimos como pressupostos de validade nas chamadas relações de consumo, devendo ser completamente sem efeito todas aquelas que possuam alguma incompatibilidade com esta perspectiva.

Por fim, ressalte-se que, se não perfeitas, deveriam as relações contratuais ser minimamente arraigadas em valores e princípios supremos, legítimos, auto-suficientes e não passíveis de invalidação, já que são aqueles, *per se*, o alicerce de todo o edifício jurídico.

5- Referências Bibliográficas

BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In. Intelligentia juridica: http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo4oldabr2002. html, 09 de setembro de 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho. trad. Juan Ossorio Morales, 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1948.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1988.

GOMES, Orlando. Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. In: Jus Navigandi: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796, 18 de setembro de 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 635 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 1999. vol. 1.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito.24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar- 6ª Ed., ver e atual- São Paulo: Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. O Código do Consumidor e o Código Civil. In. HP do Ministério Público Federal: http://www.pgr.mpf.gov.br/camaras/3camara/noticias/Codigo_ Consumidor_CodigoCivil.html, 18 de setembro de 2002.

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico. Trad. Antonio Truyol e Serra. Madrid: Aguilar, 1955.

Notas

[1] ("Afinal, isso de princípios gerais do Direito não é frase tão precisa nem de sentido tão uniforme na variada concepção particular, que não traga consigo algum perigo de arbitrariedade judicial, e, sobretudo, uma falta de concreção predeterminada e conhecida, ao contrário de uma regra previamente estabelecida..." tradução do autor.)

[2] ("Tais princípios, apesar de ter caráter ideal e absoluto, por conseqüência do qual superam potencialmente o sistema concreto de que são parte, não podem prevalecer contra as normas particulares que o compõem, nem destruí-las em caso algum; mas têm

valor, não obstante, sobre e dentro de tais normas, já que representam a razão suprema e o espírito que as esclarece" tradução do autor).

[3] ("Não só é possível, como freqüente, que um princípio que começou sendo um princípio geral do direito se converta mais tarde também em norma de Direito convencional ou consuetudinário" tradução do autor).

* bacharelando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6276 > Acesso em: 09/05/07.