

ROBERTO WIDER
DESEMBARGADOR DO TJRJ

**O DIREITO DOS
CONTRATOS E A
AUTONOMIA DA VONTADE.
A PROTEÇÃO ESPECIAL
DOS CONSUMIDORES.**

SUMÁRIO

1. DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DOS CONTRATOS.	3
2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.	3
3. A ALEGADA “MORTE DO CONTRATO”.	4
3.1. Uma visão nova da autonomia contratual.	4
4. A LIBERDADE E A JUSTIÇA CONTRATUAL.	7
5. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E A JURISPRUDÊNCIA DE VALORES.	8
6. OS CONTRATOS IMPOSTOS E ENCAMINHAMENTO DE SOLUÇÕES.	9
7. REGRAS MÍNIMAS DE PROTEÇÃO CONTRATUAL.	10
8. PRIMEIRAS CONCLUSÕES.	11
9. A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS CONSUMIDORES E UMA NOVA ABORDAGEM NO PLANO PROCESSUAL.	12
10. A INFLUÊNCIA DAS MUDANÇAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.	13
11. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.	14
11.1 Um caminho sem volta.	14
12. CONCLUSÕES.	15
BIBLIOGRAFIA.	16

“Se há uma lei injusta que quereis abolir, foi a vossa própria mão que a escreveu sobre a vossa frente.

Não a podeis apagar queimando os livros de leis, nem lavando a frente de vossos juízes, ainda que sobre ela derrameis o mar.

E se há algum déspota que gostaríeis de destronar, vede primeiro se o seu trono erigido em vós foi também derrubado.”

Da liberdade — KHALIL GIBRAN.

1. DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DOS CONTRATOS.

Ingressamos no 3º milênio e as transformações sociais e tecnológicas aceleradas provocam mudanças em profundidade nas áreas mais sensíveis do relacionamento humano.

Assim, o conceito e a imagem da Família, desestruturada em sua forma original, nos põem de frente com entidades familiares em uniões do mesmo sexo, na reprodução assexuada e na necessidade de proteção jurídica de embriões humanos.

Anote-se que o conteúdo fenomenológico, social e moral está em processo de mudança, mas a designação de “família” permanece.

O direito de repressão aos desvios de conduta, em presença do que FIGUEIREDO DIAS chama “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente, a extinção da vida” que se propõe tornar-se um “direito penal do risco” (Escola de Frankfurt), com opção aos recursos de “*leis penais em branco, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais*” (ob. cit. p.73).

Essa solidariedade nos riscos, tornando todos responsáveis pela vida de todos, já era vista na ordem jurídica alemã, ainda na década de 50, por WIEACKER, atribuindo “ao mesmo tempo ao contrato, aos direitos patrimoniais, à propriedade sobre o solo, ao capital e aos meios de produção e à constituição de associações de natureza econômica uma função social global.”

Anote-se, porque relevante e atribuível, a meu juízo, a idênticas razões de ordem social, como veremos mais adiante, que mudanças significativas também ocorreram e ocorrem no instituto da responsabilidade civil, fundamentalmente erigido sobre a culpa, e que por razões de conveniência e justiça social, desbordou para a responsabilidade objetiva, com previsões legais de reparação fundada no risco da atividade danosa.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

Mas, que significado se atribuir a esta função social global e quais os efeitos dela nos contratos e na proteção que se pretende aos consumidores em geral?

Antes de se responder a esta questão no âmbito do instrumental jurídico vigente, impõe-se estabelecer a que fase sócio-econômica nos refere FIGUEIREDO DIAS.

Ultrapassada na maior parte do mundo civilizado, a sociedade regida por uma ordem econômico-agrária e pré-industrial, a realidade referida hodiernamente é a da sociedade industrial ou, como querem alguns, a pós-industrial.

Ao tratar da chamada moderna sociedade industrial, JOÃO CALVÃO DA SILVA, na obra referida, indica como características desta, uma tecnologia progressivamente mais complexa e sofisticada na produção de bens, aonde o homem vem paulatinamente sendo substituído pela máquina, ocorrendo, destarte, a mecanização e automação dos métodos de produção, o que estabelece a chamada “produção em série” ou “fabrico de massa” e a “distribuição em cadeia”.

Sobre a crise do direito correspondente a esta “sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global”, leciona GUSTAVO TEPEDINO assinalando que as construções de teorias gerais levadas a efeito nos últimos 50 anos, em relação aos negócios jurídicos, às obrigações, aos contratos, sofreram um estilhaçamento, que atingiu o próprio direito, como o ocorrido com a teoria contratual, cuja codificação destinava-se a proteger “uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada.”

A nova ordem de coisas deslocou a atenção do Estado para a *função social* que os institutos privados devem cumprir. Esta função social se dirige à proteção da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades entre os indivíduos.

Este, então, o objetivo da função social global que os novos institutos de direito buscam, à custa da decomposição das categorias jurídicas dogmáticas, entre as quais, por seu simbolismo e representatividade do *ancien régime* — o contrato.

3. A ALEGADA “MORTE DO CONTRATO”.

Neste contexto se situa compreensivelmente a alegada “morte do contrato” referido por GRANT GILMORE, e que deve ser entendida como explica GUIDO ALPA, no prefácio do livro, na antinomia entre um ato de autonomia privada, um negócio que diz respeito apenas às partes, onde a intervenção externa (do juiz ou do legislador) deve ser exceção, assim considerado o que deve ser entendido como contrato e, a outra concepção pela qual, o contrato, ainda que criado pelas partes, fica exposto a todo tipo de intervenções externas previstas no ordenamento jurídico. É essa versão moderna do direito contratual que justifica a versão tida como surpreendente da afirmação de GILMORE de que “o contrato morreu”!

3.1. Uma visão nova da autonomia contratual.

No entanto, o que se pode depreender é que sob a mesma designação “contrato” teremos instrumentos e significados bem distintos, com fundamentos bem diversos daqueles integrados no Código Civil Francês e importados pelo Código Civil Brasileiro.

Assim, o contrato tal como concebido, tinha como fundamento básico a autonomia da vontade, denominada por GRANT GILMORE como «*sacertà del contratto*» (*sanctity of contract*) firmado no princípio da liberdade contratual, cuja noção é explícita no artigo 405º / 1, do Código Civil Português, *in verbis*:

“Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

Poder-se-ia dizer então que o contrato subsiste, assim como subsiste a família, mas, com contornos e conteúdos diversos, adaptados a uma nova dinâmica social com valores diferentes?

Parece-me que sim, sem aquele caráter de imutabilidade advindo do século XIX e sustentado pelos juristas até ao apagar das luzes do último século.

Assim como em relação à família, também os contratos subsistem, com os nomes tradicionais, mas com instrumentos jurídicos que lhes atribuem funções inteiramente novas.

Hoje em dia concedem-se os efeitos de “família” à situação jurídica de “duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de fato há mais de dois anos”. (Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio).

Por que se rejeitar então a categoria de “contrato” — (ou em melhor questionamento: por que o empenho acadêmico para a manutenção da concepção purista do contrato e a rejeição às novas formas e dinâmica deste instrumento e a quem convém isso? Será apenas uma questão de misoneísmo?) — àquele instrumento obrigacional cujas cláusulas estão previamente redigidas pela parte contratante (ou terceiro) que tem o poder de as impor, são idênticas para todos (que não têm o poder de alterá-las), ou seja, com aquelas características gerais de *pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação*, a que se refere o Prof. PINTO MONTEIRO (in **Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções**) assinalando “contratos de adesão” e “contratos *standard*”, como terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade, *desde que integrada a um sistema bem estruturado na prevenção da abusividade*, ou seja, que faça valer os preceitos da boa fé e imponham razoável equilíbrio entre as partes.

Isto porque, como afirma JOÃO BOSCO, “As formas jurídicas sofrem a influência do tempo e da mentalidade em que se concretizam e em que informam os fenômenos sociais. Para compreendê-los será necessário levar em conta o contexto lingüístico em que se afirmaram”. Dessa dificuldade de enquadramento é que decorre a afirmação de DUGUIT a respeito do contrato. Ao estudar as novas figuras “contratuais” surgidas no direito, afirma ele que “se pode dar a esse concurso de vontades o nome de contrato; mas, então, se está a designar com um mesmo nome coisas diferentes, sendo isto, naturalmente, uma fonte de confusões e enganos.”

Se antes a liberdade de contratar representava o axioma máximo da autonomia (*rectius* — liberdade) individual, hoje, este direito deixa de representar um poder reconhecido a um indivíduo, para instrumentalizar uma política econômica do Estado, na defesa e proteção dos mais fracos, representada no exemplo mais paradigmático que é a proteção dos consumidores.

W. FRIEDMANN, citado por JOÃO BOSCO (ob. cit. p.29) assinala quatro fatores principais que ocasionaram a transformação das funções e da essência do contrato, a saber: a *civilização em massa*, porque as relações humanas deixaram de ser individuais e passaram para o âmbito dos grandes grupos e assim, também, a concentração empresarial que correspondeu à urbanização e à estandardização das condições de vida, tornando impossível ou inviável a negociação das condições contratuais; a crescente *substituição do contrato individual pelo coletivo*; a *enorme expansão do bem-estar geral e dos serviços sociais do Estado*; e, finalmente, o *confronto entre a necessidade de segurança contratual com a freqüência cada vez maior de convulsões políticas, econômicas e sociais*.

Essas condições deram azo à criação de novo tipo de instrumento, a que SALEILLES sugeriu se chamasse “contrato de adesão” (à consideração de que em verdade de contrato não se tratava), e cujas características seriam a redação impressa em série de cláusulas pré-elaboradas, cujo conteúdo a parte interessada não pode alterar, limitando-se a aderir ou não a esses instrumentos.

Neste tipo de contrato (de adesão), incluem-se também os contratos-tipo ou contratos-padrão e as cláusulas contratuais gerais.

Como ensina PINTO MONTEIRO, em outro artigo, os chamados “contratos de adesão” foram adotados pelo legislador português como “cláusulas contratuais gerais” pelas quais “atende-se ao modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unilaterais e previamente definidas em termos gerais e abstratos, passando cada um destes contratos pelo controle, a vários níveis, das próprias condições gerais predispostas e do seu processo de integração numa concreta relação jurídico-negocial.”

Muitos são os contratos atualmente assim estabelecidos e que regem a vida dos cidadãos, tais como os contratos de seguro, os contratos de aquisição de imóveis através de financiamento e crédito de habitação, os contratos de consórcio, os contratos de transporte em geral, os contratos de prestação de serviços ao público consumidor e os contratos bancários.

Como chama a atenção o Prof. JEAN CALAIS-AULOIS, ao descrever o fenômeno que chama de *contrats pré-rédigés*, tal não ocorre tão-somente em relação ao direito do consumo, mas, sempre que um contratante é suficientemente poderoso para impor essas condições idênticas a toda uma série de outros contratantes.

Assim, penso que não está em causa, com a relevância que se procura dar à questão, se o contrato “morreu” (GILMORE) ou se ele revela uma capacidade extraordinária de sobrevivência (GUIDO ALPA) ou se ainda se presta para que o homem possa se auto-determinar livremente (PINTO MONTEIRO).

Penso que mais importante do que a afirmação do princípio axiológico da autodeterminação contratual, é o que no mesmo Congresso suscitou o Prof. CANARIS sobre a questão de “saber se, e como, é que a liberdade contratual se compatibiliza com a justiça.”

Dentro desta idéia e realidade que é a sociedade de consumo, já tantas vezes definida pelos economistas e incorporada na linguagem (não muito técnica) dos juristas, o que se pode depreender, de uma forma singela, é que os intercâmbios ou o tráfico de mercadorias, só de forma marginal se realiza a nível de negociações individuais, e isto, por causas diversas, tais como o desenvolvimento tecnológico e a produção de bens em grande extensão, ao que se seguiu o fenômeno da globalização, com as grandes organizações industriais e comerciais, gerando intercâmbios a nível de massa.

Assim, fala-se em produção em massa, informação em massa, consumo em massa.

E o direito, como vê esse fenômeno e nele interfere para que os economicamente mais fortes não obtenham enriquecimento indevido à custa da desvantagem dos mais fracos?

Sustenta CANARIS, analisando a experiência alemã e as controvertidas correntes que debatem os problemas da liberdade contratual e da justiça contratual, que “a concorrência assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio do poder.”

Parece-me que este instrumento, por si só, não é suficiente para afastar os indesejáveis efeitos do desequilíbrio contratual e, embora conhecida a resistência oposta pelos mestres de direito

alemães ao projeto comunitário sobre uma regulação concernente aos contratos de consumo (convertida ao depois na Diretiva 93/13/CEE, publicada a 21 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas dos contratos celebrados com os consumidores), deles advêm a lei de maior importância e influência nos demais sistemas legislativos, referente ao regime jurídico das condições gerais do contrato, de 09 de Dezembro de 1976 (a *AGB-Gesetz*), sobre a qual JOÃO BOSCO (ob. cit. p.52) aduz comentário de MICKLITZ, no sentido de que “Ninguém teria podido imaginar que a lei ocuparia um tão grande lugar na doutrina e na jurisprudência. Seus efeitos subverteram o direito civil, o direito comercial e até o direito do trabalho” e adiante “A lei alemã não surgiu originariamente de um movimento legislativo. Foi ela o fruto sazonado de um trabalho longo de reflexão, maturação e aplicação de uma nova perspectiva do direito contratual.”

O regime das condições gerais do contrato e as concepções criadas para escoimá-las da abusividade e desvios, parece ser, na fase atual, a melhor resposta na busca da justiça contratual, pois não é a forma do que se convencionou tradicionalmente chamar “contrato” que mais importa e sim, o conteúdo deste instrumento que garante uma igualdade e um equilíbrio legal entre as partes, mesmo que estejam em posição de desigualdade social e econômica.

É de WOLF (*Entscheidungsfreiheit*, 60) a correta colocação do problema, citado por SOUSA RIBEIRO no sentido que “A autodeterminação tem que ser garantida a cada um dos parceiros contratuais, porque contrato e liberdade contratual pressupõem uma cooperação, em que o domínio de um sobre o outro está excluído” inserido num capítulo intitulado “A liberdade contratual como instituto que visa possibilitar e garantir a autodeterminação de ambas as partes”, idéia confirmada por ANTUNES VARELA que afirmou que o contrato “não é apenas *expressão da autonomia privada*; é também um *instrumento de cooperação* entre as pessoas.”

E dentro do contexto, ainda a referência que se colhe no mesmo autor “a autonomia privada deixa de ser um conceito técnico, para se transformar num conceito de valor, ou na terminologia de LARENZ, um “conceito determinado pela função” (ob. cit. pp. 32-33).

4. A LIBERDADE E A JUSTIÇA CONTRATUAL.

E qual a função ideológica da autonomia privada em relação à justiça contratual?

Penso ser a justiça comutativa, que no âmbito do direito do consumo tem a sua melhor expressão na proteção da parte que dentro da relação contratual é considerada econômica ou socialmente a mais fraca, não necessariamente no sentido literal, mas no conceito técnico jurídico de “hipossuficiente”, que adiante retomarei.

Outro aspecto da mesma questão diz respeito à ausência de sentido na celebrada faculdade de se fixar livremente o conteúdo dos contratos, se incoorre para a parte a possibilidade de recusar sua celebração, pois uma é consequência da outra.

E a prática da vida social revela essa impossibilidade de recusa na celebração desses contratos que regem interesses econômicos impostergáveis, entre os quais são exemplos significantes, os de fornecimento de energia elétrica, água e gás; o de prestação de serviços telefônicos, de transporte, os de seguros e bancários, onde o princípio da livre concorrência é insuficiente para a proteção dos consumidores.

Em decorrência dessas relações jurigênicas em condições que refogem ao sistema contratual tradicional ou clássico é que surgiu a necessidade de se dar maior efetividade à intervenção estatal na chamada “sociedade de direito privado”, o que foi feito pela elaboração e atendimento às chamadas cláusulas contratuais gerais, (já que o legislador não tem como interferir em todas essas situações negociais) e, em outro fenômeno de grande significância que pode ser designado como “a constitucionalização do direito civil.”

E, talvez a elas (ccg) é que se possa atribuir, sem lhes imputar nenhum demérito, muito ao contrário, a crise do contrato, objeto de resistência obstinada de alguns juristas aferrados ao sistema tradicional que rege esse instrumento das relações humanas.

Assim, a liberdade, afora as suas concepções filosóficas, se assenta no princípio da igualdade e a justiça igualitária se afirma no tratamento desigual às pessoas desiguais, sob pena de consubstanciar suma injustiça.

E os contratos, nos dias atuais, em expressiva predominância, pelas razões já expostas, regem relações entre entes que se encontram em efetiva e inegável condição de desigualdade, quer econômica, quer social ou de habilitação técnica.

5. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E A JURISPRUDÊNCIA DE VALORES.

É de valia, ainda que de forma aligeirada, trazer-se à reflexão o tema da jurisprudência de interesses e a passagem à jurisprudência de valores no sistema germânico.

Estamos frente aos fenômenos econômicos e sociológicos da “produção em massa”, “distribuição em cadeia” e “consumo em massa” e os conflitos humanos daí decorrentes.

Qual a resposta do sistema jurídico a eles, na consecução dos seus objetivos primordiais?

Na concepção positivista com sua rejeição às lacunas, a sua incapacidade de lidar com conceitos indeterminados ou de difícil determinação, como são os fenômenos acima referidos, ou em face de princípios contraditórios, v.g. o princípio da capacidade jurídica de auto determinação e o princípio de presunção de incapacidade do consumidor, as questões ficam submetidas ao arbítrio judicial ou seja, desatende-se à efetiva realização do Direito, como assinala MENEZES CORDEIRO, na crítica da falta de operacionalidade do positivismo para apontar soluções alternativas frente a injustiças ou inconveniências graves do Direito vigente; também refere à “incapacidade do formalismo perante a riqueza dos fatos concretos”, para concluir sobre o paradoxo: “o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes fatores de insegurança.”

Para o positivismo, afinal, só é Direito, aquilo que está na lei e “no limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. Mas o positivismo novecentista assumiu outras configurações, com relevo para a jurisprudência dos interesses, que exerceria, em Portugal, uma influência quase constante, até os nossos dias”, e, “a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença” (ob. cit .XIV).

Esses “interesses em presença”, ao contrário do que pode parecer à primeira leitura, não é o interesse prevalecente da parte em conflito e sim, é a avaliação de tais interesses nas normas elegidas pelo legislador, quando em presença de lacunas da lei.

Veja-se agora já no ensinamento direto de CANARIS na crítica à jurisprudência de interesses, cuja metodologia não integraria o conteúdo ético-jurídico na apreciação dos conflitos, pelo que o sistema como ordem de “princípios gerais do Direito” deve “avançar até aos valores fundamentais” mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* numa ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante.”

Esses superficialíssimos elementos, que não podem prescindir de forma alguma, para o entendimento adequado das questões abordadas, do estudo das obras dos mestres alemães citados,

se prestam, tão-somente, para encaminhar a apreciação das transformações que se verificam no tratamento da matéria referente aos contratos e a proteção concedida aos consumidores dentro dos princípios teleológicos do direito aplicável.

O que se busca não é a higidez dos princípios dogmáticos do contrato, mas as suas finalidades na consecução dos objetivos de uma boa e sã justiça!

6. OS CONTRATOS IMPOSTOS E ENCAMINHAMENTO DE SOLUÇÕES.

Como se aplicar os princípios tradicionais que regem os contratos àquelas hipóteses em que um dos contratantes está inteiramente submetido à outra parte (impropriamente chamado de “contrato forçado”)? É fato que a idéia repugna num primeiro contato com esta realidade, mas também é fato que tal ocorre em grande parte das relações obrigacionais estabelecidas na sociedade industrial dos dias atuais.

Talvez por isso, como sustenta o Prof. PINTO MONTEIRO em suas aulas, a figura do contrato na forma original se sustenta, embora aplicada apenas a situações marginais, ou sejam, minoritárias dentro do contexto obrigacional, e SALEILLES, depois de afirmar que de contrato não se trata, admite se dizer “contrato de adesão”!

Traga-se a exemplo, apenas para dar atenção a um dos instrumentos mais utilizados na vida das pessoas nos dias de hoje — os contratos bancários.

Os consumeiristas indicam, com muita ênfase, como sustentei em outra comunicação, que “a única autonomia que tem o consumidor de tais serviços é a de natureza jurídica (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), pois nos demais campos, nomeadamente o econômico-financeiro, como assinala ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, com muita propriedade “a submissão ao sistema bancário é quase compulsória.”

Veja-se, no magistério de OLIVEIRA ASCENSÃO, em comunicação apresentada ao Congresso de Direito Bancário, em São Paulo em Março de 1998, ao mencionar a supressão da autonomia contratual no sistema das cláusulas contratuais gerais, nos serviços bancários e financeiros, quer no que se refere à liberdade da negociação, ou da criação de tipos contratuais ou da estipulação de cláusulas divergentes e, criticamente, assinala a mais “e até a liberdade econômica da celebração em muitos casos” prosseguindo “ Fica só a liberdade *jurídica* da celebração, descarnada embora” (sublinhei).

Mesmo em relação às pessoas coletivas na sociedade de consumo assim expõe JAMES MARINS o que denomina “específica vulnerabilidade empresarial”:

“Nas relações bancárias interempresariais, o fenômeno da ‘bancarização’ atinge proporções ainda mais significativas, se se considerar que a atividade produtiva, hoje, somente se concretiza à sombra do sistema bancário, seja nas operações de cobrança, pagamento, incluindo a obtenção de recursos para investimento, capital de giro, ou até mesmo a própria sobrevivência da empresa, o que levaria, por assim dizer, à existência de uma específica vulnerabilidade empresarial no plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações se enquadram como típico contrato de adesão”.

Tais referências são apenas exemplificativas, mas o certo é que o mesmo ocorre na quase totalidade dos engagements obrigacionais intersubjetivos da moderna vida econômica.

Esses fenômenos econômicos e a correspondente resposta no âmbito jurídico consubstanciada, fundamentalmente, no sistema das cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas negociais gerais como preferem alguns juristas, está sendo tratada em todos os países mais desenvolvidos, com mais desenvoltura ou com limitações que devem ser objeto de específicos estudos e reflexões, o que, aqui, refoge ao âmbito do trabalho.

O que está em causa é “desencarnar” o contrato de concepções estratificantes, de modo a poder atender com mais eficácia o objetivo de solver os conflitos com melhor justiça.

Assim os “interesses” que os contratos contém e revelam, podem ser mais bem vistos e valorados pelo ordenamento jurídico, e, como ciência contratual, não ficam divorciados de valores fundamentais éticos e humanos, ou, sob outra perspectiva, o que importa não é saber como o contrato se sustenta dogmaticamente e sim, como melhor estará instrumentalizado para o controle das relações negociais, à vista desses superiores interesses.

A concepção que assumo é que o Direito é criado para servir ao Homem e não o contrário, visando atingir aquilo que o Prof. CANARIS chama “uma função essencial ao terceiro grau do Direito, ao trabalho com os escopos específicos fundamentais, portanto aos princípios fundamentais de um domínio jurídico; por detrás da *lex* e da *ratio legis* colocam-se imediatamente os mais altos valores jurídicos, como a justiça, a equidade e a segurança do Direito”(ob. cit. p.61).

Para tanto já há (para ficarmos apenas no ordenamento jurídico português) instrumentos de altíssimo valor no Código Civil de 1966, entre os quais se destacam: o dever de proceder segundo a regra da boa fé, tanto nas preliminares, como na formação do contrato (Artigo 227º / 1.); a nulidade do negócio contrário à ordem pública ou aos bons costumes (Artigo 280º / 2.); a ilegitimidade do exercício de um direito (abuso do direito) quando excedidos os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito (Artigo 334º); a obrigação de proceder com boa fé no cumprimento da obrigação (Artigo 762º / 2.) etc.

Cada ordenamento jurídico com alguns elementos já existentes e notadamente com um elaborado sistema de proteção de cláusulas abusivas, certamente atingirá ao que chama CANARIS, o terceiro grau do Direito: a justiça, a equidade e a segurança do Direito! Ao menos nesta área das relações contratuais.

7. REGRAS MÍNIMAS DE PROTEÇÃO CONTRATUAL.

Ainda que desbordando um pouco do objetivo deste trabalho, verifica-se a nível europeu, que a Comunidade estabelece normas básicas mínimas de proteção neste campo, deixando aos Estados-membros, a possibilidade de otimização, conforme a cultura jurídica prevalecente (aqui incluído o grau de conservadorismo, de visão filosófica do mundo e de experiência humanística de cada nação).

Cito aqui, a propósito, a experiência brasileira porque resultante da reflexão e influência de inúmeras legislações estrangeiras.

Nela, o sistema de proteção, tem, na previsão das cláusulas abusivas um eficiente instrumento de controle, quer pela via administrativa, quer a judicial, podendo em ambas ser efetuado em abstrato ou em concreto.

O ponto diferencial é que, mesmo antes da Diretiva 93/13/CEE, de 05 de Abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas, diploma comunitário que teve como objeto a regulamentação de cláusulas não negociadas individualmente, que constem de contratos celebrados entre profissionais e consumidores, a legislação brasileira (**Código de Defesa dos Consumidores**) nesta parte, como bem lembrou PINTO MONTEIRO (*in Contratos de Adesão*, ob. cit. pp.1109-1110), vai além dos limites daquela, porque, não é só nesta forma de contratos que há proteção contra as cláusulas abusivas.

NELSON NERY JÚNIOR, um dos autores do anteprojeto do CDC (ref. supra n.22), confirma ser irrelevante tratar-se de contrato de adesão ou um contrato negociado para que, se presentes

cláusulas abusivas, haja a proteção legal, bastando que seja uma relação jurídica de consumo (ob. cit. p.453).

Neste aspecto a crítica de PINTO MONTEIRO (ob. cit. p.1120) se me afigura de todo procedente, pois não é apenas nos contratos de adesão que há a necessidade da proteção do consumidor e cláusulas abusivas ocorrem também em contratos que não são privativos dos consumidores, e por isso, tal como previsto na lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais “a diretiva deveria ter ido *mais longe* e abranger também as relações contratuais entre empresas ou entidades equiparadas, ainda que, neste caso, diferenciando-as das relações com consumidores, estabelecendo para estes últimos, um controle mais apertado.”

A restrição na coibição de abusividade, limitada aos contratos entre profissionais e consumidores, desatende aos objetivos da modernização do contrato, no sentido de que a liberdade contratual que dele deve se extrair há de atender à condição de igualdade econômica e social das partes.

Mais uma vez há que se recorrer a CANARIS para a exposição crítica exata da questão: “A liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efetiva... mas, por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade de outra parte. *Impedi-lo é um problema fundamental do direito dos contratos.*” (o grifo é meu. Ob. cit. p.61).

8. PRIMEIRAS CONCLUSÕES.

Portanto, e agora, em forma de remate da questão, e face à realidade econômica social das negociações intersubjetivas, demandadas pelo sistema da produção em massa, da distribuição em cadeia e do consumo em massa, o que se constata é que nos contratos, de uma maneira preponderante, não há a autonomia negocial, como citado por ASCENSÃO, (acima já referido), quer na liberdade de negociação, quer na criação de tipos contratuais, quer na estipulação de cláusulas divergentes, ou seja, sob qualquer aspecto, ocorre a “ausência da negociação individual” (ou, no mesmo sentido em relação aos contratos individualizados, onde existam cláusulas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar), e assim o é, quer estejamos nos referindo, com suas particularidades, aos contratos de adesão, às cláusulas contratuais gerais ou contratos *standard*, designações que de uma maneira ou de outra, tratam do mesmo fenômeno.

As soluções jurídicas alvitradas para os problemas decorrentes são muitas, desde as regras gerais do Direito Civil e legislação avulsa (decorrentes de transposição de Diretivas da Comunidade Européia, e, autônomas das respectivas legislações pátrias) onde se destacam os atendimentos ao princípio da boa fé, como princípio basilar; aos controles decorrentes de deveres de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente das cláusulas contratuais gerais, feita de modo adequado e com antecedência, até a correta informação do conteúdo, isso no plano da formação do contrato; possibilidade de desistência do negócio sem justificação; regras de interpretação com adoção da teoria da impressão do destinatário, e na dúvida, adotando sempre a mais favorável a este; em relação ao conteúdo, sobreleva a proteção contra cláusulas abusivas, onde além do atendimento ao princípio objetivo da boa fé, há que se ter em conta elementos concernente à confiança entre as partes e o objetivo negocial que as partes pretendam atingir.

O contrato subsiste sim, com tais transformações que o adequam à demanda de justiça contratual, e assim encaminhada a solução do chamado “problema fundamental do direito dos contratos.”

9. A PROTEÇÃO ESPECIAL DOS CONSUMIDORES E UMA NOVA ABORDAGEM NO PLANO PROCESSUAL.

No que refere à proteção dos consumidores na relação contratual, independentemente do grau de autonomia de que se trate, o controle há que ser mais exigente ainda, por um fator a eles inerentes e ao qual a experiência jurídica brasileira denominou hipossuficiência.

O termo que tem o sentido de uma reduzida suficiência ou incapacidade, num primeiro momento teve o significado jurídico daqueles que econômica e financeiramente não tinham condições a fazer face às despesas de um processo judicial.

Pela lei brasileira, fazem jus a uma assistência judicial gratuita e promovida por advogados do Estado.

Importado o termo para o **Código de Defesa do Consumidor**, passou a justificar e legitimar uma tutela específica destes, com um alcance bem superior e independente mesmo da condição econômico-financeira do beneficiado, à consideração mais elevada de que, antes de ser consumidor é um ser humano e um sujeito de direito em situação especial de inferioridade, sem qualquer sentido de *capitis diminutio*.

Explica-se: uma pessoa, mesmo que ostente condição financeira excelente e cultura superior (faamos por exemplo de um professor, de um advogado, de um juiz ou de um engenheiro), trava relações contratuais onde ocorre a prestação de serviços ou oferta de produtos, em relação aos quais ele, tecnicamente, tem, objetivamente, uma condição de inferioridade para a necessária compreensão e adequado consentimento.

Um exemplo paradigmático é o das pessoas citadas frente às informações e tratamento procedido por um médico (ainda que se trate de contrato negociado).

Além do fator confiança, todas as informações, diagnósticos e intervenções que o médico faz no corpo do consumidor são, em princípio, insusceptíveis de avaliação, que coloque o utente desses serviços em pé de igualdade com o profissional, em termos de compreensão.

Mesmo o “consentimento informado” que é a solução preconizada nesta área, não satisfaz todos os requisitos, para efeitos de prevenção e reparação de danos.

A exigibilidade do ônus da prova, para o lesado, regra geral do direito civil e ordenamentos processuais, não conduz a uma satisfatória solução dos conflitos emergentes dos danos havidos.

E, embora nesta área, o CDC brasileiro também estabeleça que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais seja apurada mediante a verificação de culpa, a jurisprudência dos tribunais tem se orientado em aceitar a inversão do ônus da prova, com fulcro em direitos básicos do consumidor, entre os quais se insere a facilitação da defesa dos seus direitos, com a inversão do ônus da prova em seu favor quando “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele *hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*” (artigo 6º inciso VIII, da Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, não sublinhado no original).

A inversão do ônus da prova nos artigos 344º e 345º do CCP, não tem este objetivo e nem a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96, de 31 de Julho) não tem esta previsão quando dispõe sobre o direito à proteção jurídica e direito a uma justiça acessível e pronta (artigo 14º), ainda quando trata de violação ao preconizado “nível elevado da proteção da saúde e da segurança física das pessoas” (artigo 5º) ou quando violados os deveres de informação (artigo 8º n.5), hipóteses que, a meu ver, por integrarem o rol de altos valores jurídicos, justificam um tratamento protecional diverso daqueles previstos para os contratos em geral.

Outros exemplos, ainda que menos dramáticos seguem a mesma solução, como aqueles em que o fabricante de veículo com vício de fabricação, onde o fabricante é que tem o domínio do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, em relação a que o adquirente é “hipossuficiente” e, portanto não tem as condições necessárias para fazer a prova do defeito de fabricação, ou, no caso, tão presente do setor de informática, onde ocorre um domínio de conhecimentos técnicos especializados, sempre em mutação e aperfeiçoamento constantes (exemplos citados por KAZUO WATANABE, no CDC comentado pelos autores... ob. cit. p.713); anote-se que em tais hipóteses, ainda que estabelecida a culpa objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, resta a comprovação do evento danoso em si e a relação de causalidade entre o *eventus damni* e o alegado defeito, assim como quando alegada a má utilização do produto ou deficiências de informação.

São situações em que há evidente vulnerabilidade do contratante adquirente, a justificar elevado nível de proteção, no caso, pelo aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais, na obtenção de uma ordem jurídica efetiva e justa.

Que seja do meu conhecimento, nem ao nível da comunidade europeia (com exceção da responsabilização objetiva do produtor) nem a do direito norte-americano, se utiliza este mecanismo processual com tal amplitude, o qual posso afirmar, tem tido na jurisprudência brasileira um resultado positivo na obtenção de decisões mais equânimes e justas, o que julgo mais relevante do que as contundentes críticas que PFLUG no seu *Kontract*, desfere contra esse “novo” contrato, e por via de consequência contra sua formação, conteúdo e modos de reação jurídica de natureza processual.

10. A INFLUÊNCIA DAS MUDANÇAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Ainda que em breve referência, para não fugir do tema, anote-se que o instituto da responsabilidade civil, um dos pilares do equilíbrio social e, junto dos contratos, uma das principais fontes do direito das obrigações, também se vê “convulsionado” pelas fortes transformações por que passa o direito privado (para não falar da propriedade privada e o novo contexto da função social com que se reveste).

O princípio da ampla reparabilidade dos danos, a meu ver uma inafastável condicional de uma verdadeira justiça social, se vê desarmada de rígidos preceitos dogmáticos, nomeadamente em relação à comprovação da culpa pelo lesado, seguindo o caminho da distribuição dos riscos pelos responsáveis de atividades danosas ou perigosas (autêntica socialização do risco ou do dano) num arco de abrangência de responsabilização objetiva que vai desde os acidentes de trabalho e de trânsito (hipótese de inexecução lícita do direito português, previsto no artigo 503º do CCP), passa pela responsabilidade civil do produtor (Decreto-Lei nº 383/89, de 06 de Novembro, que transpõe a Diretiva 85/374 CCE, de 25 de Julho de 1985, e que também já aplica a inversão do *onus probandi*) e vai até à reparação dos danos ambientais.

O **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, na norma acima referida, reforçou, notavelmente o instituto da responsabilidade civil no atendimento prioritário da segurança social, através deste instrumento processual, com base em pressupostos subjetivos (apreciação do juiz) e objetivos (verossimilhança da alegação e hipossuficiência) numa equitativa apreciação de valores em causa.

O que se quer afirmar afinal, é que na chamada “sociedade de direito privado” (na qual se introjeta, ou vice-versa, o direito público) há uma certa coerência nessas profundas transformações, verificadas tanto na família, quanto nas sucessões, por repercussão desta; também na propriedade privada (bens corpóreos e incorpóreos) e nas obrigações, não podendo se limitar as

reflexões sobre as causas e o futuro de tudo isso, tão só a doutrinas jurídicas, mas ao caminhar da Humanidade ao rumo de uma nova era!

11. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

Um dos elementos demonstradores da importância da chamada “sociedade de direito privado” e seus novos vetores, onde se insere o princípio da liberdade contratual mitigada ou valorada pela função social, é o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Não se trata aqui de se analisar o direito constitucional, mas reconhecer que mesmo com a grande controvérsia doutrinária no sentido de que as Constituições deveriam se limitar às regras fundamentais da organização do Estado, o que se verifica é que, com a eclosão das questões sociais, estas passaram a incorporar matérias antes privativas do legislador infraconstitucional, sinalizando um *up grade* da importância dos direitos individuais e sociais.

Nesta linha, institutos fundamentais anteriormente tratados nos códigos civis, entre os quais a liberdade contratual e a autonomia da vontade (e também o direito de propriedade, a responsabilidade civil e direito do consumidor) foram alçados ao nível de matéria constitucional, com todos os efeitos que este supra direito impõe.

Assim, para citar o exemplo brasileiro, cuja **Constituição** de 1988 abandona o modelo liberal para se alinhar convictamente ao de um Estado social, estabelecendo no seu intróito princípios fundamentais concernentes à dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades e o bem-estar de todos, encontram-se normas específicas de direito civil, como, por exemplo, em relação à família, regulando novas formas de entidades familiares (quer na união estável fora do casamento e naquela formada por qualquer dos pais e seus ascendentes), a igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal, a dissolução do casamento civil, deveres paternais e estatuto igualitário dos filhos (artigo 226 e parágrafos).

Prevê a responsabilidade civil de pessoas singulares ou coletivas em relação a danos ambientais (artigo 225º parágrafo 3º) e bem assim a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos que nesta qualidade causarem a terceiros (artigo 37º parágrafo 6º); na proteção dos direitos da personalidade impõe-se a reparação pelos danos extrapatrimoniais ou o dano moral (artigo 5º incisos V e X).

Em relação à propriedade, dispõe sobre sua função social, com regra, inclusive, da impenhorabilidade da pequena propriedade rural explorada pela família, em relação a débitos decorrentes de sua atividade produtiva (artigo 5º incisos XXII a XXVI).

At last, but not the least deve se salientar a importância para o direito dos contratos a intervenção estatal nas relações contratuais de consumo, campo onde, nomeadamente, ocorreram as transformações mais relevantes, objeto deste estudo.

11.1 Um caminho sem volta.

O que se verifica é que estas transformações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, tomaram um caminho sem volta, como se pode apurar já no Congresso Internacional sobre “Contratos: atualidade e evolução” (supra rem.13-15) ainda que ocorrido há mais de dez anos, onde eminentes doutrinadores de várias áreas, embora reconhecendo a ausência de harmonização sobre “a relevância da figura do abuso de direito, nem sobre a existência de um princípio de proteção do contraente mais fraco” (comunicação do Prof. GUIDO ALPA, p.104), traz referências a princípio decorrente de um método de interpretação objetiva, onde não é a intenção das partes

que deve prevalecer, mais que as conseqüências do ato deve ser buscada sob o ângulo da utilidade social e da justiça (*Le juste et l'utile dans le effets du contract*, par JACQUES GHESTIN, p.128), e ainda, o tema “proteção da parte mais fraca é visto sob o ângulo dos contratos internacionais” (Rui Manoel Moura Ramos, p. 331 e segs.)

Da harmonização de alguns setores do direito privado já nos dá notícia o mesmo GUIDO ALPA, a propósito da análise de Resolução do Parlamento Europeu de Maio de 1994, neste sentido, visando a iniciativa de um Código Civil Europeu, a qual defende.

12. CONCLUSÕES

1. *Admitida, para logo, a crítica de uma visão monística do problema, nos limites angustos deste trabalho, tem-se que o problema da autonomia contratual, não pode superar princípios de superiores interesses como a conveniência e utilidade sociais, a equidade e a segurança do Direito, visando acima de tudo a boa Justiça, ou seja uma justiça comum, simples e eficiente, e principalmente credível.*
2. *Nova crítica se faz audível, situada no contexto de um irrealismo metodológico nas proposições, mas, a penitência fica a cargo da experiência e da sensibilidade decorrentes de largos anos na função de julgador, em busca da Justiça e da efetiva realização do Direito, ainda que por recurso à doutrina da tópica de Aristóteles, e dos mestres alemães que a acolheram (V. por todos, CANARIS in **Pensamento Sistemático...** ob. cit. pp. 243 e seguintes).*
3. *Reafirma-se, em conseqüência, sobre as hipóteses tratadas, que a liberdade contratual tem que ver os seus conceitos e valores reajustados a um paradigma de “justiça contratual” dentro de situações negociais onde a liberdade de estipulação de conteúdos está fortemente comprometida pelos princípios de funcionamento do mercado.*
4. *Os mecanismos de concorrência não são satisfatórios, não só por aquelas reconhecidas deficiências que colocam o consumidor em estágio de inferioridade, mas, pelos próprios mecanismos do mercado, que dificultam ou mesmo anulam as opções, inclusive pela uniformização das ofertas pela própria concorrência.*
5. *Por tal, só a derrogação das normas rígidas do contrato, a serem interpenetradas por um dirigismo estatal, visando superiores interesses de igualdade, solidariedade e justiça efetiva, é que pode dar a adequada resposta aos questionamentos e regras para uma autonomia contratual no contexto de um “novo” Direito dos Contratos.*

Há que se consignar a resposta (citada por TEPEDINO, ob. cit. p.215) dada por FRIEDERICH KESSLER a GILMORE, em debate sobre o tema da morte do contrato:

“O contrato é morto, viva o contrato!”

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, Guido. *L'avenir du contrat : Aperçu d'une recherche bibliographique* — *Revue Internationale de Droit Comparé* n.1 — 1985. *Il Codice Civile Europeo : “E pluribus unum”* em Estudos de Direito do Consumidor n. 2 — 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- AULOIS, Jean Calais — *Droit de la consommation* — 4ª ed. Dalloz.
- CANARIS, Claus Wilhelm — **A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado». Contratos: atualidade e evolução.** Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito — Porto, 1997.
- CAVALIERI Filho, Sérgio — **Responsabilidade civil constitucional.** Revista Forense, v.348.
- EFING, António Carlos — **Contratos e Procedimentos Bancários à luz do CDC.** Biblioteca do Direito do Consumidor v. 12. Ed. Revista dos Tribunais.
- FERNANDES, Paulo Silva — **Globalização “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal.** Almedina, 2001.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino de — **Cláusulas abusivas nos contratos.** Ed. Forense, 2ª ed. 1998.
- GILMORE, Grant — *La morte del contratto.* Milano — Dott.A.Giuffré Editore — 1988.
- MARINS, James. **Proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor a contratos empresariais, inclusive bancários.** Revista de Direito do Consumidor v.18. Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- MONTEIRO António Pinto — **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: Problemas e Soluções.** Boletim da Faculdade de Direito — STVDIA IVRIDICA 61 — Universidade de Coimbra. — **Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro.** Revista da Ordem dos Advogados ano 46 — Lisboa.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa — **O problema do contrato — As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.** Ed. Almedina, 1999.
- SILVA, João Calvão da — **Responsabilidade civil do produtor.** Ed. Almedina, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo — **Temas de Direito Civil — As relações de consumo e a nova teoria contratual.** Ed. Renovar, 2ª edição.
- VARELA, Antunes — **Das obrigações em geral.** V.1 — 10ª edição — Almedina.
- WIEACKER, Franz — **A História do Direito Privado Moderno.** 2ª edição — Fundação Calouste Gulbenkian.