DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR

Marta Suzana Lopes Vasconcelos é Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho e pós-graduada em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente artigo é uma breve abordagem do direito do consumidor como direito fundamental. Para tanto, foi realizada uma análise do contrato privado clássico, erigido sob o império dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, contrastando com os novos paradigmas da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Trata o contrato de consumo sob a forma de contrato de adesão, seara propícia das cláusulas abusivas do direito do consumidor. Por fim, há uma exposição dos meios de controle de tais cláusulas no Brasil e em Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; direitos fundamentais; contratos de adesão; cláusulas abusivas; meios de controle.

RESUMEN: El presente artigo es un breve abordaje del derecho del consumidor como derecho fundamental. Para tanto, fue realizado un análisis del contrato privado clásico, erigido bajo el imperio de los principios de la autonomía de la voluntad y del *pacta sunt servanda*, en contraste con los nuevos paradigmas de la función social del contrato y de la buena fe objetiva. Trata el contrato de consumo bajo la forma de contrato de adhesión, área propicia de las cláusulas abusivas del derecho del consumidor. Por fin, hay una exposición de los medios de control de tales cláusulas en Brasil y en Portugal.

PALABRAS-CLAVES: Derecho del consumidor; derechos fundamentales; contrato de adesión; cláusulas abusivas; medios de control.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noção clássica do direito dos contratos; 2.1. Princípios dos contratos; 2.1.1 Princípio da obrigatoriedade dos contratos; 2.2.2. Princípio da relatividade subjetiva; 2.1.3 Princípio da função social do contrato; 2.1.4 Princípio da boa-fé contratual; 2.1.5 Princípio

da equivalência material; 3. Da transformação do direito dos contratos; 4. Contratos de adesão; 5. Cláusulas abusivas; 6. Meios de controle; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em todos os campos do saber, vivemos numa era denominada de pós-modernidade. Nunca a ciência se desenvolveu tanto e com tanta rapidez como nos últimos tempos. O século passado foi prodigioso em pesquisas em todos os ramos do conhecimento científico, onde se destaca a área da genética, a descoberta do código genético, pesquisas com células-tronco, as quais têm contribuído para o tratamento de doenças até hoje incuráveis. Na informática viu-se o avançar de sofisticados sistemas de software, além da WEB, ou rede mundial de computadores, a qual tornou o mundo uma verdadeira aldeia global. O processo de globalização quebrou paradigmas diminuindo diferenças econômicas, sociais e culturais entre os homens.

No campo das relações jurídicas não há diferença. O direito alargou suas fronteiras ocupando-se da proteção do meio ambiente e da natureza. Descobriu-se que sem a proteção da natureza, o homem não conseguirá sobreviver na terra por muitos anos o que compromete as gerações futuras. O Protocolo de Kioto é a demonstração de que o planeta corre sérios riscos se nada for feito pelos homens de responsabilidade e sensibilidade. Criou-se também a ideia do direito penal contra o inimigo, na certeza de que os atentados terroristas estão a desafiar as ideias do garantismo penal, e dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. O direito de família passa também por profundas transformações e o casamento tem sentido radicais transformações com a construção de novos paradigmas sexuais.

No campo das relações sociais, desenvolveu-se a ideia de sociedades de consumo, onde a indústria produz produtos em série para atingir as necessidades de uma sociedade cada dia mais numerosa e ansiosa por bens materiais. Daí surgiu a ideia de sociedade de consumo e de bens em massa. Tais transformações mudaram inexoravelmente as feições dos contratos privados, que outrora negociados particularmente, passaram em grande parte a serem massificados, vale dizer, não mais discutidos parte à parte.

A sociedade moderna, em seu ritmo frenético, precisa ser ultra-rápida, padronizada, planejada para não perder tempo. Esta nova visão da sociedade

gerou a figura do contrato de adesão, cláusulas contratuais gerais, contratos-tipos, cláusulas standards, todas modalidades de um mesmo fenômeno.[1]

2. NOÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

Em tempos antigos a figura do contrato fora baseada na ideia de acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com conteúdo patrimonial, visando adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.[2]

Por este entendimento o Estado não participa da formação inicial do ajuste, e apenas participa como mero garantidor da vontade emanada das partes, conforme a moderna teoria da Professora Cláudia Lima Marques:

> A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.
>
> Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.[3]

Assim, pode-se afirmar que a teoria tradicional do contrato, portanto, está intimamente ligada à concepção de liberdade contratual e à ideia de autonomia da vontade que, por sua vez, assume papel decisivo para

---

[1] O Professor António Pinto Monteiro discorda deste entendimento afirmando que a fórmula contrato de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais. In, PINTO MONTEIRO, António. *O Novo regime jurídico dos contratos de adesão.* Artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62.2002. p.116. Universidade de Coimbra-Portugal

[2] Nos contratos ou negócios jurídicos bilaterais há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim a oferta ou proposta e a aceitação, que se conciliam num consenso. In, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005. p.385. Universidade de Coimbra-Portugal

[3] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 40.

validação do contrato na sua acepção clássica, posto que tida como fonte que o legitima. Neste sentido leciona a Professora Claudia Lima Marques:

> Para esta concepção, portanto, a vontade dos contraentes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a gênesis, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório.[4]

O princípio da autonomia da vontade constitui-se na declaração manifestada das partes envolvidas em um negócio jurídico para fixar os direitos e deveres que vão reger a relação contratual. Assim, ensina-nos o Professor Orlando Gomes:

> O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.[5]

Deste modo, o princípio da autonomia da vontade fixa suas bases na liberdade de contratar que possuem os indivíduos e que é expresso pelo poder dos sujeitos contratuais exercido no momento de determinar quais serão as condições, os efeitos, e os limites do instrumento contratual, ou seja, o poder exercido no momento de fixação dos direitos e deveres do contrato nos limites determinados pela lei.

Destarte a concepção clássica do contrato é uma concepção individualista, liberal e voluntarista, em que a vontade é tida como única fonte legítima para a criação do contrato. É o reflexo da "pacta sunt servanda" pela qual o contrato faz lei entre as partes não importando quais consequências adviriam do cumprimento destas obrigações. Tais princípios serão explicados ainda neste trabalho.

Depois de estabelecido o conceito clássico ou tradicional do contrato, mister se faz indagar da sua natureza jurídica, em outras palavras, o que se constitui tal instituto para o direito.

O contrato é um negócio jurídico, ou seja, um acontecimento humano

[4] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p.42

[5] GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

em que atendidos os elementos de existência, realidade e eficácia, a vontade humana é declarada para a produção de efeitos queridos pelas partes.

Como negócio jurídico que é o contrato deve ter os elementos de existência, a saber: declaração de vontade com circunstâncias negociais, agente, objeto e forma.

A declaração de boa vontade deve ser livre e de boa-fé. O agente deve ser capaz e legitimado, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, sendo certo que tais qualificações se retiram do sistema positivado como um todo.

No Código Civil Brasileiro tais qualificações estão presentes em vários artigos, notadamente no artigo 104 do Código Civil de 2002.

No contrato podem ser inseridas cláusulas que disciplinem a sua eficácia, tendo plano de análise científica do negócio jurídico, a saber: termos, condições, encargos, também chamados por parte da doutrina de elementos acidentais dos negócios jurídicos.

2.2. PRINCÍPIOS DO CONTRATO

O contrato possui alguns princípios que merecem destaque neste breve estudo, apesar de reconhecer esta redatora que não serão o enfoque principal deste trabalho, mas que via de consequência são as colunas do contrato em sua visão contratual.

Como corolário da liberdade individual, no campo negocial, erige-se a liberdade contratual ao patamar de princípio. Assim, entendo que nesta ideia, envolvem-se três modalidades distintas de liberdade contratual. A primeira é a própria liberdade visto que ninguém pode ser forçado a contratar, pois isto importaria em um vício de consentimento comprometedor da validade do negócio jurídico. A segunda é a liberdade de escolha da parte contratada, ou seja, a liberdade de escolher a pessoa física ou coletiva com quem a parte vai contratar.

A terceira modalidade de liberdade do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar.

2.2.1. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO CONTRATO

Desde os mais remotos tempos em que o homem se dispôs a celebrar acordos de vontades, vige o princípio da "Pacta sunt servanda", vale dizer

que o contrato faz Lei entre as partes.

Tal princípio visa garantir um mínimo de segurança entre os contratantes, pois, ao disporem livremente de sua vontade e, consequentemente, de seu patrimônio, as partes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas sob pena de total subversão e negação do instituto do contrato.

2.2.2. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE SUBJETIVA

Outrora, as disposições jurídicas dos contratos só interessavam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação obrigacional. Modernamente, com o advento das normas protecionistas do consumidor, terceiros estranhos à avenca poderão intervir para a proteção da chamada parte hipossuficiente na relação contratual, isto é, o consumidor. Neste sentido vale dizer que os representantes do Ministério Público no Brasil, poderão à luz do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8087 de 11 de setembro de 1990, artigo 51, § 4º, ingressar com ações a fim de que o Poder Judiciário possa declarar a nulidade de cláusulas abusivas. Em Portugal também as Associações de defesa do consumidor possuem legitimidade para ingressarem com ações judiciais em prol do consumidor.

Além dos princípios tradicionais do contrato, existem outros que foram agregados ao instituto do contrato como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a equivalência material.

2.2.3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

No que diz respeito ao princípio da função social do contrato, penso que devo tecer algumas considerações devido à importância que tem junto à sociedade moderna que reclama solidariedade em todas as negociações humanas.

A visão tradicional do direito contratual, com forte no princípio da autonomia da vontade encontra sérios limites, eis que a vontade não mais vigora ampla e livremente. Com efeito, o acordo de vontades continua sendo o elemento subjetivo essencial do contrato, pois esse negócio jurídico só se origina da declaração de vontade. A liberdade individual e a iniciativa pessoal continuam sendo a razão de ser dos contratos. Entretanto, a visão de solidariedade trazida pelo Estado Democrático de Direito impõe certa

intervenção estatal.[6]

Através da análise do princípio da função social do contrato, este deve ser obrigatoriamente interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Assim, para melhor entendermos a função social do contrato, temos que partirmos da relação do contrato com o seu meio social externo. O contrato deixou de ser somente coisa dos contratantes, e passou a interferir negativamente e positivamente em relação a terceiros.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O código civil brasileiro, tardiamente, consagrou o princípio da boa-fé objetiva, isto porque o vetusto código de 1916, não tratava especificamente do assunto. Tal princípio já se encontrava presente no direito alemão, francês, italiano e português.

Dispõe o Código Civil brasileiro no artigo 422 que: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e da boa-fé objetiva".2

A cláusula geral de boa-fé traz para os negócios jurídicos, e os contratos em espécie, dever das partes de se comportarem com a mais restrita lealdade, de agirem com probidade e de informarem ao outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio.[7]

O princípio da boa-fé conduz a uma maior segurança das relações jurídicas, conforme ensinamento do Professor Orlando Gomes.

O princípio da boa-fé tem caráter objetivo como bem ensinou o Professor da Universidade de Coimbra, Doutor MOTA PINTO, senão vejamos:

> "Em muitos outros casos, porém, a lei recorre à boa-fé em sentido objectivo, sendo este o sentido em que

[6] É inegável, nos termos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob "efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos. In, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro:Forense, 2004. p.06.

[7] "A boa fé é hoje um princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica de valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta e regular e por uma juridicidade social e materialmente fundada. A consagração da boa corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra-legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha." MOTA PINTO. Op. Cit. P. 124. Universidade de Coimbra-Portugal

> tal princípio revela, na actualidade,todo seu imenso potencial jurisgénico e traduz a dimensão de justiça social e materialmente fundada de que falamos atrás. Em sentido objectivo, pois, a boa fé constitui uma regra jurídica, é um princípio normativo transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais. Não contém ele próprio a solução o critério da solução, carecendo para o efeito da mediação concretizadora do aplicador, máxime do juiz".[8]

3. DA TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS

O direito dos contratos evoluiu do individualismo contratual com forte na liberdade contratual e autonomia da vontade, onde o Estado só interferia para assegurar o seu cumprimento. A nova teoria contratual tem enxergado o direito das obrigações sob o prisma Constituição. A constitucionalização do direito civil atribui novos fundamentos à liberdade contratual e à autonomia da vontade as quais sofreram profundas modificações.

Destarte, a referida constitucionalização do direito civil fez introduzir princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade de todos sem discriminação de qualquer natureza. Todos esses princípios estão incluídos na Constituição Brasileira de 1988, constantes dos artigos 170 e seguintes, que versam sobre princípios gerais da atividade econômica, assim como o artigo 1º, são o reflexo da transição do Estado liberal, responsável pela doutrina clássica do contrato para o Estado social e a nova teoria contratual.

Houve quem defendesse a morte do contrato, como o fez o autor Grant Gilmore na obra *La morte del contrato*.[9] Entretanto, o contrato não morreu

[8] MOTA PINTO. Op. Cit. p125.

[9] Com as transformações ocorridas na sociedade do século XX, acentuadamente nos períodos posteriores às guerras mundiais, tomou conta dos privatistas o ceticismo quanto à sobrevivência do contrato como negócio jurídico bilateral consubstanciado pelo acordo efetivo de vontades para a consecução de fim patrimonial determinado, chegando a falar-se em "morte do contrato" para significar esse fenômeno de transformação. O contrato não morreu nem tende a desaparecer. A sociedade é que mudou, tanto do ponto de vista social como do econômico e, conseqüentemente, do jurídico. É preciso que o direito não fique alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade social e econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos com o perfil que herdamos dos romanos, atualizado na fase codificações do século XIX. In, *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro:Forense Universitária, 2004. p. 503.

ele continua bem vivo, todavia, teve que se ajustar às mudanças ocorridas no seio da sociedade. Citando a Professora Ada Pelegrini Grinover *in verbis*: "O novo regime contratual das relações de consumo tem visível compromisso com a modernidade, de modo a fazer com que as constatações e previsões pessimistas sobre a morte do contrato não se concretizem".[10]

Além das transformações socioeconômicas que afetaram o contrato, merece destaque a própria transformação do direito, que erigiu os princípios constitucionais como normas, o que deu grande elevo ao direito constitucional, sobretudo na escola alemã, encabeçada pelo Professor Robert Alexy.[11] Este, por sua vez, preocupou-se em escalonar uma gama de direitos

[10] GRINOVER, Ada Pelegrini. Op. Cit. P. 503.

[11] Cf. Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandados de otimização(Optimierungsgebote). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios. As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser considerada segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo, o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acabam chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no campo das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. O segundo caminho poderia ser trilhado se se considera a norma obtida mediante processo de colisão de forma restritiva. Assim, se poderia afirmar, no caso relativo à declaração de que "soldados são assassinos", que a assertiva não constitui manifestação de opinião. A manifestação dos pacifistas não se enquadraria, assim, no âmbito de proteção da liberdade de expressão. A colisão desapareceria. Todavia, como se poderia fundamentar ou explicar que uma declaração duvidosa não pudesse ser enquadrada ou considerada como manifestação de opinião. A letra e o sentido ou o objetivo dos direitos relacionados com a liberdade de expressão falam em favor desse enquadramento. O pacifista assume uma posição valorativa quanto à profissão do soldado e todos, especialmente os soldados, a entendem como tal. Poder-se-ia, no limite, afirmar que essa manifestação de opinião não seria uma manifestação de opinião protegida dos direitos fundamentais, porque se cuida de uma declaração injuriosa. Todavia, isso faz com que o problema da colisão retorne ao palco. A proteção da honra seria motivo suficiente para que não se reconheça uma definitiva proteção dos direitos fundamentais. Isso, todavia, teria que ser construído a partir de uma ponderação aberta e não mediante uma versão estrita do âmbito de proteção. Isso se aplica a todas as tentativas de contornar as colisões mediante a construção de um âmbito de proteção restrito. A terceira opção da teoria das regras dos direitos fundamentais consiste na introdução de uma exceção livre de qualquer processo de ponderação dos direitos fundamentais. Suponha-se, nesse caso, a advertência quanto aos danos produzidos pelo cigarro constante dos seus pacotes. Poder-se-ia dizer que a melhor solução residiria na construção de uma exceção na liberdade do exercício profissional que poderia ser formulada assim: todos têm o direito de exercer a sua profissão, exceto no caso de advertências quanto aos danos à saúde que devem constar nos pacotes de cigarros.

fundamentais, visando proteger o cidadão, resguardando-o da fúria do próprio Estado, bem como das relações privadas.

A chamada constitucionalização do direito civil agregou novos fundamentos e contornos, modificando a noção de autonomia da vontade no âmbito dos contratos.

A partir do viés constitucional, o direito das obrigações passa a contemplar noções de justiça social, pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, verifica-se que a atual visão constitucional do direito civil baseada na função social do contrato, em contraposição da visão clássica do contrato baseada na livre manifestação da vontade, na qual o Estado funcionava apenas como garantidor das regras livremente estipuladas nos contratos pelas partes. O Estado assume um papel de intervencionista da vida econômica e o fez estimulado pela necessidade de proteção social e garantia da estabilidade equilíbrio da ordem econômica com a proteção da parte mais fraca no negócio jurídico. O Estado passa a orientar as relações contratuais em favor do bem maior, que é a tutela dos interesses coletivos, dos interesses sociais, em busca da justiça social e do referido equilíbrio entre as partes .

Claro que isso é uma concepção bizarra de uma exceção, uma vez que, se se constrói tal exceção, qualquer direito estaria envolto em sucessivas exceções. Por isso, a idéia de exceção revela-se precária. A Constituição, todavia, não depende desse tipo de abordagem. A pergunta mais precisa se a referida exceção pode ser construída fora de qualquer processo de ponderação. A expressão literal da parte da formulação dos direitos fundamentais que assegura ao cidadão o direito de livre exercício profissional não fornece resposta a essa indagação. Isso se aplica tanto ao artigo 12, parágrafo 1º, segundo período, da Lei fundamental alemã, como, também, ao art. 5º, XIII, da Constituição brasileira. Poder-se-ia pensar que o caso livre de qualquer ponderação se deixaria subsumir numa cláusula restritiva. Nesse caso, deve se considerar apenas o art. 12, parágrafo 1º, segundo período, da Lei Fundamental. Ali se afirma que o exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base em uma lei. Se se aplica essa formulação, então se pode chegar à conclusão de que a obrigação para que se ponha a advertência nos produtos de tabaco constitui uma regulação fundada numa lei. Estaria, assim, resolvido o problema da colisão? Teria a teoria das regras obtido um resultado satisfatório?

Hão que se analisar as conseqüências de um tal procedimento para reconhecer que esse não é o caso. Doces, bolos, tortas, são, na opinião geral, menos saudáveis para os dentes do que pões. Suponha-se que um partido de fanáticos da saúde obtenha a maioria no Parlamento. Ele proíbe os padeiros e outros de produzirem doces, bolos, tortas. ?Posteriormente, também, o pão comum (pão branco) tem sua produção proibida, permitindo-se, apenas, a produção de pão preto. Se, dúvida, tem-se uma intervenção na liberdade profissional dos padeiros. Não há dúvida também de que se trata de uma restrição estabelecida mediante lei. Se esta fosse a única justificativa da restrição, perderia o direito fundamental qualquer força em face do legislador. Os direitos fundamentais estariam esvaziados. A obrigação de se produzir apenas pão preto seria compatível com a Constituição." ALEXY,ROBERT. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais."* Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.98.

Para promover esse equilíbrio o intérprete do direito deve observar que a análise cega de um ramo do direito poderá conduzir a decisões injustas, neste sentido o pensamento da Professora Cláudia Lima Marques ao lecionar sobre o diálogo das fontes.[12]

Dessa forma a mudança do paradigma do Estado liberal para o Estado dirigindo as relações contratuais limitou a autonomia da vontade e, por estarem profundamente ligados, limitou a liberdade de contratar e a *pacta sunt servanda*, pela qual o contrato fazia leis entre as partes não importando quais as consequências resultantes do cumprimento das obrigações.

No Brasil a edição de um Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8078/90, fez raiar uma nova luz sobre as relações contratuais, dando nova regulamentação aos contratos em que se adquire bens e serviços como destinatário final, inteligência do artigo 2º do citado diploma. Sendo o consumidor tutelado pela lei de forma ampla, por ser considerado a parte hipossuficiente na relação contratual.

Este é o entendimento da Professora Teresa Negreiros, senão vejamos:

> Entre nós, a promulgação da Lei 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor – "CDC") representa o marco da "mudança de mentalidade" relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170,V, CF) sobre as relações contratuais de consumo.[13]

A evolução das teorias do direito constitucional promoveu uma normatização dos princípios constitucionais. Desta forma, o texto

---

[12] O método do "diálogo das fontes" vem sendo utilizado por Erick Jayme e Cláudia Lima Marques. Segundo aquele autor, a "pluralidade de matérias e de textos de lei faz surgir para o seu aplicador a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo" (In JAYME, Erick. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna.* In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, 2003). Cláudia Lima Marques, por sua vez, define: "o diálogo das fontes é uma sistemática que permite a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes converge e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo". (In MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas.* In Revista do Direito do Consumidor, 2003).

[13] NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 22.

constitucional passa a ser fonte suprema que deve direcionar todo o direto tanto público, quanto privado.

Destarte, todo o ordenamento jurídico passa a ter na Constituição a sua fonte de inspiração e obediência.

Segundo o entendimento que defende a constitucionalização do direito civil, toda a sua interpretação deve ser feita com base no conteúdo axiológico da Constituição, sendo a cidadania o seu elemento propulsor.

A vontade, na maioria dos contratos modernos, há de ser considerada a partir do exame em concreto das cláusulas gerais do novo direito civil-constitucionalizado, sobretudo da boa-fé objetiva, como regra geral de interpretação, além dos novos princípios que vão nortear as relações obrigacionais, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade social, da função social do contrato e princípio do equilíbrio econômico.

Diante da interpretação do direito civil através das normas previstas na Lei maior do Estado, teremos observado o que o Professor J.J. Gomes Canotilho descreveu como máxima efetividade das normas constitucionais, senão vejamos, in verbis:

> Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).[14]

Com efeito, cotejando-se o citado princípio da máxima efetividade constitucional, com o da força normativa da Constituição, tem-se que na solução dos problemas referentes à interpretação dos contratos privados, deve-se ter prevalência os pontos de vista da Constituição normativa a fim

[14] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Edição. Almedina:Coimbra. P.1224. Universidade de Coimbra-Portugal

de que os seus princípios sejam observados, para que seja obtida uma eficácia ótima da lei fundamental.

Assim ao lado dos princípios da autonomia da vontade, e da liberdade contratual, deve ter em vista os princípios constitucionais acima mencionados.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, no escólio do já citado Professor J.J. Gomes Canotilho, entende-se:[15]

> Segundo o princípio da forma normativa da Constituição na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a "actualização" normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Aliás, o Professor Claus Wilhelm Canaris, lecionando sobre os direitos fundamentais e direito privado, citando o autor italiano Trabucchi ratifica o entendimento da constitucionalização do direito privado, senão vejamos:[16]

> (...)Assim, por exemplo, o compatriota inglês Markesinis fala, mesmo, de uma "constitutionalisation of private law", e tem aqui em vista uma tendência que vai muito além do círculo jurídico alemão. E encontrei este mesmo pensamento em Trabucchi, referindo-se ao Código Civil italiano. O Tribunal suíço, por sua vez, afirmou que "pelo menos a eficácia indirecta em relação a terceiros, no sentido de imperativo de interpretação as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais, é praticamente reconhecida por todos", e fez seu entendimento.

[15] Idem, ibidem. Op. Cit. p1226.

[16] CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Editora Almedina:Coimbra.2006. p 20-21. Universidade de Coimbra-Portugal

4. BREVE HISTÓRIA DA PROTEÇÃO LEGAL DOS CONSUMIDORES

A partir das alterações no cenário econômico mundial, encabeçado pela revolução industrial, viu-se um crescente desequilíbrio nas relações de consumo, acentuado pela grande concentração de capitais.

O código de Napoleão promulgado em 187l, não se reportou à proteção legal dos consumidores, tendo em vista a existência do contexto libera, já especificado amiúde nos itens anteriores, fazia a inserção das grandes corporações e sociedades mercantis como principais agentes econômicos.

Deste modo o direito do consumidor ficava sem amparo no ordenamento jurídico específico, sujeito ao direito dos contratos. No entanto, a aceleração nos negócios influenciada pela evolução tecnológica nos campos da comunicação e da informática, modificou a vida em sociedade, produzindo grandes transformações, com a concentração de capitais de empresas na produção e distribuição de bens de consumo, através de uma publicidade agressiva pondo ao conhecimento de toda a coletividade, nos centros de consumo.

Considerando as alterações econômicas, tornou-se necessário o surgimento de legislações especiais que contemplassem essa nova realidade. O Professor Mota Pinto afirmou que os contratos de consumo correspondem a uma "manifestação jurídica da vida moderna (subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973).[17]

Alguns países criaram leis específicas de proteção ao consumidor, como ocorreu em Portugal com o Decreto-Lei 446/85, alterado pelo Decreto-Lei 220/95 e a Lei 24/96 de 31 de junho. Outros países como Brasil, Itália, Franca já têm um Código Específico de Defesa do Consumidor.

Em verdade podemos afirmar que a promulgação de tais códigos de defesa dos consumidores, revela-nos a já mencionada ruptura na seara privada, mas a crise que abarca todo o sistema jurídico moderno, através de situações de fato, para as quais o sistema jurídico não apresenta soluções.[18]

---

[17] In, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*. PINTO MONTEIRO, António. Artigo publicado na Revista RTDC, REVISTRA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA. Universidade de Coimbra-Portugal

[18] Cf. " (...) a desigualdade(entre consumidores e os grandes de detentores capitais) não encontra, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem de crises de relacionamento e de lesionamento vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturam com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato.

Tanto no Brasil como em Portugal o direito do consumidor tem foro constitucional, ponto que será mais tarde abordado. A proteção constitucional liga-se à função do Estado de intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social.

Neste sentido, é o ensinamento de Luiz Edson Fachin, citando Antonio Carlos Efing, senão vejamos:

> Eros Roberto Grau sustenta que se trata de um princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume função de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. (destaque no original).[19]

Com efeito, a proteção constitucional dos direitos dos consumidores assegurou a existência digna e objetiva de tais consumidores, devendo a lei infraconstitucional criar todos os mecanismos para a lei maior possa ter eficácia prática, aplicando-se a gama infinita de relações de consumo, que ordinariamente são formadas através dos contratos de consumo.

4. O CONTRATO DE ADESÃO

Como já fora dito a sociedade moderna necessita de dinamicidade, planejamento, racionalidade e celeridade em suas relações econômicas.

A denominação contrato de adesão foi dada a essa técnica de contratação por Saleilles, quando analisou a parte geral do BGB alemão.[20]

Teceram-se sob o prisma patrimonial (...) e sob a égide da iniciativa privada como fator de propulsão da economia."BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991.p. 10.

[19] In, FACHIN, Luiz Edson . *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol. I – Repensando o Direito do Consumidor, p.31.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 622.
GOMES ORLANDO. *Contratos.* Rio de Janeiro:Forense, 1999.

Outrossim, opõe-se ao contrato de adesão o denominado contrato de comum acordo, ou seja, aquele elaborado mediante negociação de todas as cláusulas pelas partes envolvidas no negócio jurídico, o chamado *contrat de gré à gré*.[21]

O contrato de adesão não se constitui numa nova modalidade de contrato ou categoria autônoma, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, na busca da rapidez exigida pelas economias de mercado.[22]

Tal modo de contratação são típicos da sociedade industrial moderna, de produção em massa, distribuição em cadeia. A máxima expressão jurídica desta nova realidade, denominam-se: Contratos de Adesão, ou Cláusulas Gerais dos Contratos, Contratos "standards", Contratos Padrão. Sendo que os contratos de adesão diferem dos contratos comuns pelas suas especificidades, pelo perigo ou risco para o contratado ou simplesmente para o "aderente". Constituem em "uma manifestação jurídica da moderna vida econômica, conforme estudo de Carlos Mota Pinto publicado em 1973".[23]

Como ensina o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro, os contratos de adesão, possuem todas essas denominações:[24]

> Este interesse pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, pelos contratos "standard" ou contrato em série (a terminologia é variada e pode levantar problemas, como direi mais à frente), este interesse da doutrina em analisar tais contratos ou modo de contratação e do legislador em fixar o seu regime jurídico, dizia, corresponde à grande importância prática de que se revestem, na actualidade.

As empresas celebram contratos onde não há uma prévia negociação com os consumidores, este simplesmente limitam-se a aderir ao conteúdo

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*.8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623.

[22] Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623.

[23] In, PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62, 2002. p.113.

[24] In, PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Portugal. Ano 62, 2002. p.113.

material das cláusulas no seu conjunto, sem qualquer espécie de discussão, ou modificação.

Tais contratos são redigidos previamente e de forma unilateral, para uma quantidade indeterminada de consumidores.

Assim, é correto afirmar que os contratos de adesão negam a autonomia da vontade, já que o aderente não discute, uma a uma, as cláusulas que irá assinar.[25]

Nos contratos de adesão não há diálogo entre as parte, prevalecendo a vontade da parte econômica mais forte, a saber o empresário, as grandes corporações.

Ainda citando o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro destacamos que tais contratos implicam em risco para os consumidores, eis que surgem em três planos, a saber: na formação do consentimento, no da justiça contratual das cláusulas, e no dos modos de reação jurídica, particularmente no de ordem processual. Segundo o renomado autor, as características mais importantes do direito contratual contemporâneo, diz respeito a um grande número de contratos que são celebrados sob a égide das cláusulas previamente redigidas por uma das partes, sem que a outra possa alterá-lo, daí porque são chamados de contratos de adesão. Ressalta ainda o Professor as características da pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez.[26]

A pré-disposição consiste na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a serem celebrados no futuro. A generalidade das cláusulas está associada à característica da indeterminação, mediante a qual as cláusulas são previamente redigidas para um número indeterminado de pessoas. Possuem, ainda, um caráter de uniformidade a fim de promover a elaboração de contratos que sigam o mesmo padrão ou o mesmo tipo, ou "standard".[27]

---

[25] Nesta toada, enseja a proteção contratual do consumidor, em especial, no tocante aos contratos de massa, ou seja, aqueles que se desenvolvem por adesão. Em virtude de sua extensa utilização cotidiana, estes contratos por adesão negam o espaço próprio da autonomia da vontade na seara contratual não havendo a possibilidade de discussão e individualização contratual. In, FACHIN, Luiz Edson . *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol. I – Repensando o Direito do Consumidor, p.40.

[26] Cf. PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Op. Cit. p. 115. Universidade de Coimbra-Portugal.

[27] Dir-se-á que a produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações entre as partes. Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam

Nesta formação de contratação presume-se a aceitação em bloco por parte do consumidor aderente, de uma série de cláusulas pré-elaboradas unilateralmente.

Considerando as peculiaridades do contrato de adesão, o contratante deve dar conhecimento ao aderente do conteúdo das cláusulas contratuais geria que farão parte do contrato. Tal comunicação deve ser feita de forma clara, com antecedência a fim de que o aderente tenha o conhecimento antecipado das citadas condições gerais que integrarão o contrato. Nisto consiste o dever de informação, a fim de que o aderente possa compreender as cláusulas que compõem o instrumento contratual e que serão fonte de obrigações.

O Professor Luiz Edson Fachin leciona que o princípio da informação consubstancia-se no "princípio da veracidade, através do qual o fornecedor deve sempre prestar esclarecimentos sobre o produto ou serviço oferecido, que exerce papel complementar ao denominado dever de informar".[28]

O dever de informação de forma adequada, clara, cristalina constitui segurança para a empresa, eis que em caso de dúvida serão aplicados os brocardos jurídicos: "in dúbio pro consumidor" e "in dúbio contra estipulatorem". Neste sentido a doutrina da Professora Doutora Cláudia Lima Marques, no sentido de que a interpretação dos contratos de adesão deve ser feita no sentido mais favorável ao consumidor, principalmente em casos de dúvida ou lacuna do contrato. Só desta forma estaríamos assegurando a equidade e a justiça contratual.[29]

---

especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro. In, Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. PINTO MONTEIRO, António. Artigo publicado na Revista RTDC, REVISTA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA. Universidade de Coimbra-Portugal.

[28] In, FACHIN, Luiz Edson. *As relações jurídicas entre o novo código civil e o código de defesa do consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol I – Repensando o Direito do Consumidor, p.39.

[29] "O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos de contratação em massa, é a interpretação judicial do contrato em seu favor. Inspirado no art. 1370 do Código Civil Italiano de 1942, o CDM, em seu art. 47, institui como princípio geral a interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais. Relembre-se, porém, nesta quarta edição, que o art. 47 é iluminado pelo princípio da boa-fé, positivado no art. 4, III do CDC e a interpretação de todo o contrato de consumo deve (e será sempre) conforme às imposições da boa-fé objetiva. Segundo a regra tradicional do art. 85 do Código Civil, nas declarações de vontade dever-se-ia ""atender mais à sua intenção que ao sentido literal de sua linguagem", portanto, sob o pretexto de "procurar" a

Sobreleva-se destacar que a violação ao princípio da informação produzirá consequências severas para o empresário, visto que a cláusula será excluída do contrato. No entanto, as demais cláusulas serão mantidas, com recurso às normas supletivas aplicáveis ao caso.

O dever de informação deve ser exercido de forma completa, cuja redação deve ser suficientemente clara, de forma a impedir o aparecimento de cláusulas que produzam reação de surpresa, motivo de ardil, fraude.[30] Tais cláusulas violam ainda o princípio da boa-fé contratual. Este também o entendimento da Professora Doutora Ada Pelegrini Grinover, em comentários feitos na exposição de motivos do segundo substitutivo ao projeto de lei que criou o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, senão vejamos:[31]

> "Na exposição de motivos do segundo substitutivo do deputado Geraldo Alckmin Filho, assim escrevi: "O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a

vontade "real", interna do aderente ao contrato, a jurisprudência brasileira foi evoluindo no sentido de interpretar cada vez mais positivamente para o consumidor as cláusulas de adesão, principalmente em caso de dúvida ou lacuna do contrato." In , Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT. P.742/743.

[30] "Na norma do art. 46, 2º, estipula o CDC um novo deve específico do fornecedor, que, na sociedade de massa, é normalmente o elaborador dos contratos oferecidos no mercado. A finalidade da norma é assegurar a informação ao consumidor, ou, como estamso querendo frisar, a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta, desta maneira, evitar que o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica (departamentos jurídicos ou consultorias especializadas) para confundir o consumidor e por a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto, não teria assumido. Este dever de relação clara será maior se o fornecedor desejar utilizar-se de métodos de contratação em massa, como esclarece o art. 54, § 3º, do CDC." MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.p. 667.

[31] In, GRINOVER, Ada Pelegrini e Outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* Op. Cit. p.361.

> utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas".

No mais das vezes as partes não têm outra escolha, senão assinar um contrato onde não participaram da elaboração de suas cláusulas, pois necessitam do produto ou do serviço que está a contratar, visto ser fundamental para a sobrevivência na vida moderna. Apenas a título de argumentação, poderíamos indagar se é possível vivermos numa grande cidade, sem possuir uma conta bancária, contrato de seguro de automóvel, telefone celular, serviços de água, luz, internet?

Pois bem. A resposta que se impõe é que não dá para viver em um mundo globalizado sem o mínimo de bens de consumo, sem comprometer a qualidade de vida, de comunicação, de sobrevivência. Poderia alguém afirma que todos esses tipos de bens da vida são opcionais. Todavia, já distam tempos em que o homem saiu da caverna e foi ejetado para a vida em sociedade, onde a eficiência e celeridade são fundamentais.

Em alguns casos os consumidores assinam o contrato mesmo tendo conhecimento das cláusulas que por possuírem conteúdo técnico de grau elevado não permitem que o consumidor entenda o seu real significado. Necessitando do bem ou serviço assina o contrato.

Deste mesmo entendimento comunga o Professor Doutor Antônio Pinto Monteiro, catedrático da disciplina direito contratual da Universidade de Coimbra-Portugal, destacando que o aderente concorda com as cláusulas do contrato e o assina, muitas das vezes por falta de tempo ou preparação técnica, por resignação, conformismo ou porque tem consciência de que pouco ou nada lhe adianta ler o conteúdo do contrato, bem como não se interessa em conhecer as suas condições.[32]

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS

São as que notoriamente são desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual, o que torna inválido o contrato pela quebra do equilíbrio entre as partes.

Sempre que for verificado este desequilíbrio entre as partes o Tribunal poderá reconhecer a abusividade de uma cláusula pautada nos princípios da

[32] Cf. PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Op. Cit. p. 122. Universidade de Coimbra-Portugal

boa-fé e da observância do sistema de proteção do consumidor.

Os contratos de adesão são campo fértil para o desenvolvimento das cláusulas abusivas, surgindo a necessidade da intervenção judicial para tutelar uma das partes da relação contratual, normalmente o consumidor como a parte mais frágil, vulnerável do negócio jurídico.[33]

Sobreleva-se destacar que as cláusulas abusivas violam o princípio da boa-fé contratual na medida em que as partes não atentam para as regras da ética e da moral, no que pertine as virtudes da honestidade, da lealdade, da correção e probidade que devem reger todas as relações jurídicas.

Ora a função das normas de proteção do consumidor é estabelecer, na medida do possível, o equilíbrio contratual entre as partes, movido pelo princípio da função social do contrato, já devidamente analisado em tópico anterior.

A proteção do consumidor em Portugal está prevista na carta magna portuguesa em leis esparsas. O Decreto-Lei 446/85 de 25 de outubro, defende o consumidor contra as cláusulas abusivas nos contratados de adesão, estipulando que todas as cláusulas que violarem a proteção do consumidor, serão nulas.

O referido Decreto-Lei dispõe ainda de cláusulas que elenca como proibidas de forma absoluta e de forma relativa. E ainda dispõe que as cláusulas gerais proibidas por disposição o citado diploma serão nulas, nos termos nele previstos.

No que diz respeito às cláusulas proibidas em contratos de adesão podemos afirmar que a legislação portuguesa seguiu o modelo alemão, na forma de controle através do mencionado Decreto-Lei 446/85.

A nulidade pode ser absoluta sendo aquelas indicadas nos artigos 18º e 21º tratando-se de consumidores finais, ou apenas 18º tratando-se de

[33] "A proteção do consumidor, o reequílibrio contratual vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumento do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da "vontade", das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Se no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo *controle do conteúdo* dos contratos de consumo. In, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.p. 766.

empresários. Ainda na esteira da proteção das cláusulas contratuais gerais que farão parte dos contratos de adesão, tem-se as cláusulas relativamente proibidas constantes dos artigos 19º a 22º para consumidores finais. Para empresários a norma só previu o artigo 19º. As cláusulas relativamente proibidas permitem ao Tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, segundo um modelo objetivo. Necessitam de declaração judicial. As cláusulas absolutamente independentes não necessitam de declaração judicial porque são proibidas de pleno direito.

6. MEIOS DE CONTROLE

O controle dos cláusulas contratuais gerais que vão integrar os chamados contratos de adesão pode ser feito por duas maneiras. A primeira maneira é através do controle preventivo exercido através da ação inibitória ou através das ações singulares. As primeiras podem ser intentadas pelo Ministério Público, associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva, associações sindicais, profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições.

As segundas são intentadas pelos consumidores, individualmente, após a celebração dos contratos, com a consequente violação de seus direitos.

Sobre a ação inibitória, vê-se que o legislador português a consagrou através dos artigos 25º e seguintes do referido Decreto-Lei. Este tipo de controle ocorre sobre as cláusulas contratuais gerais antes da celebração do contrato concreto, efetivo. Atua em tese, ou seja, somente tem por objetivo o conteúdo das cláusulas contratuais gerais e não sobre o contrato efetivo, celebrado entre as partes. A directiva 93/13/CEE, artigo 7º afirma que este controle existe para as cláusulas redigidas de forma generalizada. O controle preventivo atua através da ação inibitória e só funciona perante as cláusulas contratuais gerais. Se as cláusulas tiverem os requisitos da predisponibilidade, uniformidade e rigidez, e não possuírem os requisitos da generalidade e da indeterminação, não pode haver o citado controle preventivo. Essas cláusulas estão presentes nos contratos de fornecimento de energia, água, luz, telefone, transporte, seguros e bancários. A empresa redige o conteúdo das cláusulas contratuais gerais a fim de que sejam utilizadas em futuros contratos de adesão de forma generalizada. Somente o Poder Judiciário poderá declarar a proibição deste tipo de cláusula através do controle

inibitório. Tal tipo de controle apresenta vantagens e desvantagens. As primeiras são que o Decreto-Lei 446/85 criou um largo espectro de entes legitimados para o exercício da ação, conforme já mencionado. Isto implica em reais benefícios para os consumidores que não terão que perder tempo e dinheiro em disputas judiciais. Ademais, como é sabido, poucos são os consumidores que conhecem os seus direitos previstos no Decreto-Lei e na Lei nº 24/96 de 31 de julho. A desvantagem seria a falta de atribuição de efeitos vinculativos e "erga omines" à citada ação. Quer isto dizer que o comando judicial proibitivo só vale para a empresa demandada que está usando cláusulas gerais proibidas e não vale para outras empresas que estejam usando as mesmas cláusulas e com idêntico teor abusivo.

7. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais dos consumidores estão previstos na Constituição Portuguesa no artigo 60, I. A citada norma fundamental define os direitos dos consumidores como direitos fundamentais.

A revisão constitucional de 1997 passou a dispor que a proteção dos consumidores, constitui incumbência prioritária do Estado, ou seja, o ente estatal tem o dever de garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores.

O Professor Vieira Andrade, catedrático da Universidade de Coimbra, afirma que foi a revisão de 1989 que consagrou os direitos dos consumidores no catálogo dos direitos fundamentais, afirmando ainda que: "Os direitos dos consumidores têm, pois, de considerar-se, na ordem jurídica constitucional portuguesa, pelo menos como direitos formalmente fundamentais, incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas".

Prossegue o Professor Vieira Andrade que o fato de os direitos dos consumidores terem sido catalogados como direitos fundamentais não faz com que os mesmos sejam automaticamente transformados em direitos naturais, ou seja, como manifestação primária da dignidade da pessoa humana, válidos em todos os tempos, para qualquer indivíduo, por ser uma pessoa.

Isto porque os direitos naturais são anteriores e superiores ao Estado. As Constituições não o criam, antes pelo contrário, limitam-se ao seu reconhecimento formal.

Também assevera ainda que os direitos dos consumidores não constituem

direitos humanos, visto que esta categoria de direitos são direitos das pessoas reconhecidos na comunidade internacional.

Os direitos dos consumidores não correspondem ao tipo originário dos direitos fundamentais nascidos nos fins do século XVIII, com o Estado Absoluto, nem são expressão da cidadania democrática. Não tratam das liberdades e muito menos da vida política da sociedade organizada.

São classificados como direitos de terceira geração, ou seja, direitos econômicos e sociais, os quais encontram-se presentes na sociedade de consumo e distribuição em massa de bens e serviços, de elaboração de contratos em série. Esta é a razão pela qual os direitos dos consumidores foram alçados ao patamar de direitos fundamentais, devido a necessidade de proteger as pessoas enquanto consumidoras de bens e serviços, no contexto das relações econômicas dentro de uma sociedade de distribuição em massa. Neste contexto, verifica-se que a liberdade contratual não mais reina soberana como na época do Estado Liberal como ocorreu até meados do século passado. Na sociedade pós-moderna, o consumidor precisa ser protegido porque representa um número a mais, representado por um código de barras, nas relações contratuais, segundo o ponto de vista das grandes empresas e conglomerados econômicos. Foi-se o tempo em que as partes se sentavam para discutir ponto por ponto do contrato a ser celebrado, onde cada cláusula era discutida, e se aprovada, integraria o contrato futuro, por ser a negociação resultado da vontade bilateral. Hoje não há espaço para a figura do contrato tradicional, fruto do acordo de vontade das partes. As cláusulas são pré-formuladas de maneira unilateral e rígida, ou seja, são formuladas precisamente para integrarem um número indeterminado de contratos em série. São as chamadas cláusulas contratuais gerais, elaboradas pelas empresas, ou mesmo por terceiros, a mando desta última. Ao consumidor de bens e serviços não resta outra alternativa a não ser aceitar as cláusulas contratuais gerais unilateralmente escritas, pois, necessitam da maioria dos bens e serviços que a vida moderna exige. Neste diapasão encontramos os contratos de fornecimento de água, luz, telefone, internet, gás natural, seguros, bancários e tantos outros.

Tem-se que a parte hipossuficiente e vulnerável nestes contratos modernos é o consumidor, parte facilmente ludibriada, pois, não tem outra alternativa de obter os bens da vida que deseja ou necessita senão pela aceitação "in totum" do conteúdo destes contratos. Ainda que a parte venha a discutir algumas questões, verifica-se que no geral, ou seja, na parte essencial, o

contrato é inflexível. Há uma necessidade premente na vida moderna de se obter os bens de consumo, pois, hoje não é mais possível viver sem um aparelho telemóvel, ou sem os serviços de internet, sob pena de ficar ilhado do mundo, em face da falta de comunicação.

Neste contexto econômico-social surge a necessidade de tutelar o consumidor, por ser a parte vulnerável da relação contratual.

Portugal possui uma tutela efetiva dos consumidores, concretizada através da Lei Fundamental, ou seja, a Constituição do Estado português, possuindo ainda, directivas da comunidade europeia, leis infraconstitucionais e decretos-leis. Esta proteção visa à tutela de aspectos pessoais do direito do consumidor, visto tratar da proteção da vida, saúde, segurança e qualidade de vida. O conceito de direito do consumidor português restringe o seu alcance para as relações contratuais celebradas entre consumidores e profissionais, na aquisição de bens para uso não profissional. Reconhecem-se, através da legislação portuguesa, os direitos à qualidade dos bens e serviços consumidos, direito à formação e à informação, direito à proteção da saúde e da segurança, direito à proteção dos interesses econômicos e direito à reparação dos danos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 dezembro de 1998. Cópia mimeo.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direitos privados*. Editora Almedina:Coimbra.2006.

FACHIN, Luiz Edson fachin. As Relações Jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do Direito do Consumidor. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Coleção Comissões. Vol I – Repensando o Direito do Consumidor.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª Ed. Editora Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004.

GOMES ORLANDO. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Edição. Aldemina:Coimbra.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. v. I. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.
MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas*. Revista do Direito do Consumidor, 2003).
MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4ª edição por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005.
PINTO MONTEIRO, António. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 62, 2002. Revista RTDC, REVISTA Trimestral de Direito Civil. Ano 2, Vol. 7 de julho de setembro de 2001. Editora PADMA.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro, 2004.