

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E CONTRATO DE ADESÃO COMO TÉCNICA E METÓDICA DAS RELAÇÕES PRIVADAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Bernardo Brasil Campinho*

RESUMO

Este trabalho pretende analisar as figuras dos contratos de adesão e das cláusulas gerais (ou uniformes) do contrato, contrapondo-os aos contratos negociáveis, colocando em evidência a crise do perfil dogmático clássico, no qual as partes travam negociações para a estipulação das cláusulas específicas da avença, entendendo os contratos de adesão a partir da qualificação do negócio jurídico de acordo com a função, identificando seu processo de formação e interpretação e diferenciando-os das cláusulas contratuais gerais, procurando contextualizar os dois fenômenos a partir das transformações nas relações contratuais impostas pelo capitalismo de massas e pelo crescente intervencionismo estatal como forma de preservar a função social e a boa-fé dos contratantes diante do desequilíbrio socioeconômico das relações privadas.

PALAVRAS-CHAVE

CONTRATO,; ADESÃO; CLÁUSULAS; QUALIFICAÇÃO; SOCIEDADE

ABSTRACT

This work intends to study the standard contracts and the general or uniform contractual clauses, opposing those figures to negotiable contracts, setting in evidence the crisis of classical dogmatic paradigm, in which the parts negotiate the clauses of the contract, and understanding the standard contracts through the qualification of legal acts, identifying its process of formation and interpretation and pointing out the differences between standard contracts and general contractual clauses, seeking to contextualize both figures according to the transformations in contractual relations imposed by mass capitalism and by rising state interventionism, as a form to preserve its social function and good faith of the parts in a contract in face of present unbalanced private relations.

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá

KEY-WORDS

CONTRACT; STANDARD; CLAUSES; QUALIFICATION; SOCIETY

1. Introdução

Este trabalho pretende analisar as figuras dos contratos de adesão e das cláusulas gerais (ou uniformes) do contrato, contrapondo-os aos contratos negociáveis, procurando, a partir de sua função, entender os pactos de adesão e as cláusulas gerais como importantes instrumentos de efetivação das relações contratuais no contexto de uma sociedade complexa e de um capitalismo de massas.

O que se coloca em evidencia é a crise do perfil dogmático clássico, no qual as partes travam negociações para a estipulação das cláusulas específicas da avença, um modelo que correspondeu à aurora do capitalismo e ao um Direito Privado que percebiam os particulares como iguais e os contratantes como detentores de posições simétricas e prerrogativas idênticas no processo de formação dos contratos.

O problema a ser discutido aqui passa então pelo debate da qualificação do negócio jurídico¹, como um processo intrinsecamente ligado à sua interpretação², que não pode ser compreendido simplesmente pela estrutura ou modelo que é dado a um certo negócio jurídico ou tipo contratual a partir do direito positivo, mas, de forma significativa, que deve ser analisado à luz da função de um determinado tipo contratual, ou seja, qual o papel que aquele contrato exerce no âmbito das relações econômicas, ou como a sua qualificação jurídica se reporta diretamente não a uma moldura estática, mas sim às atribuições a serem cumpridas no âmbito do sistema jurídico e das relações sociais por uma figura contratual, bem como até onde se dirigem os seus efeitos.

¹ Sobre qualificação e interpretação do negócio jurídico, faz-se necessário reproduzir lição de Pietro Pierlingieri, para quem: *la qualificazione puo essere considerata sotto due profili: come risultato, cioè individuazione giuridica dell'atto ed in particolare Del negozio, e come procedimento, cioè analisi delle fasi traverso le quali se giunge allà qualificazione* (Pierlingieri, 1975: 5).

² Para Pierlingieri, “interpretazione e qualificazione, dunque, non sono due entità ontologiche a sé stanti, non sono due momenti che hanno oggetti diversi, ma espressioni ed aspetti di un medesimo processo cognoscitivo che in essi trova il suo unitário modo de atuação. L'oggetto dell'interpretazione non é la volontà psichica né il regolamento socialmente rilevante, ma é il contrato come realtà sociale e giuridica ad um tempo. Il contrato va non soltanto interpretato ma anche qualificato allà luce dei principi dell'ordinamento” (Pierlingieri, 1975: 6).

Não por acaso, como coloca Emílio Betti, nessa investigação é necessário utilizar, especialmente no ambiente da sociedade moderna, um grau de sensibilidade social, de que o velho individualismo dos juristas não tinha a menor idéia; só assim, examinada a estrutura - forma e conteúdo (o como e o quê) – do negócio, pode resultar frutuoso estudar-lhe a função (o porquê)³.

Segundo Orlando Gomes, o contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas, formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas (Gomes, 1972: 3).

Por sua vez, as cláusulas gerais contratuais⁴ são aquelas elaboradas de forma prévia, uniforme e abstrata, com a finalidade de constituir o conteúdo obrigacional de futuras relações concretas (Fiúza, 2003: 376). A relação entre estas duas figuras é descrita de forma sintética por Orlando Gomes nos seguintes termos:

A figura jurídica nomeada contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo que seja focalizada. Considerada na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de condições gerais dos contratos e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada de contrato de adesão e examinada no prisma do modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais (...) no primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão

³ Ainda segundo Emílio Betti, essa função, que em terminologia técnica, legitimada pela tradição, se denomina causa, ou seja, a razão do negócio, liga-se logicamente àquilo que é o conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele. Para ele, causa, bem entendido, não em sentido fenomenológico, mas teleológico e deontológico, atinente à exigência de sociabilidade que preside a função ordenadora do direito, pois tal como os direitos subjetivos, também os poderes de autonomia, efetivamente, não podem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados: o instrumento da autonomia privada, colocada à disposição dos indivíduos, não deve ser desviado de seu destino (Betti, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, pp. 333-334).

⁴ O Direito alemão forneceu definição bastante apurada das cláusulas dos contratos na *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, de 1976, onde, no parágrafo 1º, estas eram caracterizadas como “todas as cláusulas contratuais formuladas para uma pluralidade de contratos que uma parte (...) apresenta à outra na celebração do contrato. É indiferente que as cláusulas representem uma parte autonomizada do contrato ou se integrem no próprio instrumento deste, a extensão que tenham, o escrito em que se contenham ou a forma que o contrato revista”.

jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos (Gomes, 1972: 4-5).

Dessa forma, as condições ou cláusulas gerais contratuais e os contratos de adesão formam momentos distintos do mesmo fenômeno jurídico, sendo o momento de concretização de estipulações abstratas uniformes feitas por uma das partes, geralmente uma empresa ou contratante investido em posição de caráter empresarial, que serviram para a celebração de vários contratos específicos, com sujeitos distintos, sem qualquer relação entre eles, de forma a potencializar a realização de negócios jurídicos e otimizar o processo de formação e celebração dos pactos.

Os contratos de adesão encontram sua definição legal⁵ no Direito brasileiro no *caput* do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8078/1990): contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Aos contratos de adesão e às cláusulas gerais contratuais são opostos os contratos negociáveis (também chamados de paritários), nos quais as cláusulas contratuais são o fruto de discussões e debates entre ambas as partes, ou quando, pelo menos em tese, esse debate for possível (Fiuza, 2003: 373).

A comparação entre estas figuras jurídicas contratuais revela mais que a oposição entre dois tipos de negócios jurídicos, mas sim a contraposição entre dois paradigmas contratuais, entre duas técnicas e metódicas de formação dos contratos baseadas em concepções distintas.

Os contratos negociáveis são o resultado da afirmação do contrato dentro do sistema de Direito Privado clássico, formado pela influência do jusnaturalismo, e consagrado com a vitória das revoluções burguesas e as codificações civis que lhe foram posteriores

⁵ No âmbito do Direito Civil Comparado, há uma definição legal bastante completa de contrato de adesão na *Ley Federal de Protección al Consumidor*, do México, de 1992, na qual se estabelece a seguinte definição de contrato de adesão no art. 85: *para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.*

Dessa forma, é desenvolvido um sistema de normas que assegura uma esfera privada em sentido estrito, ou seja, o intercâmbio das pessoas privadas entre si, livres de encargos corporativistas e governamentais. Garantem a instituição da propriedade privada e, como seu ponto de ligação, as liberdades básicas de contrato, de empreendimento e de herança (Habermas, 1997: 95).

Assim, com a promulgação do Código Civil francês de 1804 restou configurado o paradigma liberal do Direito⁶, fruto da ideologia burguesa vitoriosa a partir da Revolução Francesa e que é descrito por Michelle Giorgianni:

(...) No sistema jusnaturalista e racionalista, o Direito ‘Privado’ indicava de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares ou particuliers, ou seja, do indivíduo na órbita do ordenamento jurídico. A ‘prioridade’ do Direito Privado sustentada pelos jusnaturalistas tinha por isso o significado de inclusão, na sua órbita, de todas as normas postas em favor dos indivíduos frente ao príncipe (...) assim, as inserções das chamadas disposições preliminares sobre a lei em geral nos códigos civis (que se perpetua ainda na sistemática dos nossos manuais de instituições de Direito Privado), das normas sobre o gozo dos direitos civis, sobre a cidadania, etc., respondiam a uma íntima lógica do sistema de Direito Privado, o qual continha o “estatuto” dos cidadãos e, portanto, os limites da atividade do Estado frente a eles (Giorgianni, 1998: 41).

Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas; o último se insere no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o primeiro é aquele emanado pelo Estado para a tutela dos interesses gerais; as duas esferas são quase que impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos (Moraes, 1991: 22).

Assim, amparados pelo princípio da plena autonomia, reforçado pelo da não-intervenção do Estado no âmbito da atividade econômica, os industriais e comerciantes procuraram munir-se de instrumentos capazes de fortalecer o seu interesse como pólo na relação contratual, também como forma de propiciar o crescimento da atividade econômica e principalmente de eliminar todos os riscos a que pudesse estar ela sujeita,

⁶ A época clássica do Direito Privado se configura como aquela de formação da moderna sociedade industrial e capitalista na qual a função social do contrato fazia sobressair quatro elementos característicos deste período: liberdade de movimento, seguro contra riscos econômicos previstos, liberdade de arbítrio e igualdade entre as partes (Fonseca, 1998: 28). Sem menosprezar os demais elementos, cumpre destacar a a igualdade, vista, naquele momento, por uma perspectiva formal e abstrata, decorrência do conceito, também abstrato, de liberdade (Fonseca, 1998: 29).

centralizando a liberdade a liberdade nas mãos daqueles que exerciam atividades econômicas, deixando órfãos todos aqueles que com eles tivessem que contratar (Fonseca, 1998: 25).

Logo, o contrato de adesão é uma manifestação típica da sociedade de massas; a racionalidade técnica da sociedade industrial implicou na substituição da negociação individual, como que artesanal, entre sujeitos econômicos, pela aplicação repetitiva e uniforme de esquemas pré-fixados (Ascensão, 1986: 94).

As necessidades da vida contemporânea demandaram mecanismos, técnicas e modalidades mais convenientes e eficazes para a satisfação das exigências geradas pelo novo tráfico mercantil, resultando no abandono, (como paradigma dominante), das técnicas negociais baseadas em oferta e contra-oferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro, que implicou uma ruptura com o antigo sistema contratual, buscando a satisfação das novas realidades negociais (Mandelbaum, 1996: 126-127).

O contrato de adesão rompeu com o dogma da autonomia da vontade, gerando, além de uma mudança radical no instituto “contrato”, uma alteração substancial no ordenamento jurídico como um todo, com uma maior intervenção do Estado na liberdade de contratar, elemento mitigador da autonomia privada através do dirigismo contratual (Mandelbaum, 1996: 128).

As atividades econômicas passaram a se desenvolver não mais no plano individual, mas predominando no plano intergrupar, passando os contratos a serem contratos de massas, evolução que resultou na figura do contrato de adesão, como conseqüência da última idéia de autonomia da vontade, que acabou se concentrando na pessoa do empresário que redige o contrato, destituindo-se o aderente de qualquer aparência de autonomia (Fonseca, 1998: 29-31). A ascensão do paradigma social do Direito mudou o panorama do tratamento legal do contrato de adesão, pois:

Verificou-se que tal tipo de contratação se prestava a acrescer o poderio econômico da parte mais forte através da inserção de cláusulas caracterizadas como abusivas, sem que se tivesse em mãos o critério seguro e objetivo para a aferição do abuso de direito. Acentua-se, de um lado, a necessidade de tais contratos, como meio de assegurar a eficiência e rentabilidade da ação empresarial, e, de outro lado, a indispensabilidade de garantir-se a proteção à parte mais fraca. Prensado por tais exigências, decorrentes da própria evolução da

sociedade neocapitalista (neoliberal), o contrato de adesão modificou-se no correr do tempo, passando de uma forma por assim dizer “selvagem” a uma configuração civilizada, decorrente da atuação do poder econômico privado (Fonseca, 1998: 32-33).

As considerações aduzidas até aqui apontam para uma nova dimensão da idéia de liberdade contratual, mediante a intervenção do Estado nas cláusulas predeterminadas, para impedir a celebração de certos tipos de contrato, de negar valor à disposições ilícitas, ou só aparentemente lícitas, de impor determinadas obrigações, de ampliar o campo da aplicação da teoria dos riscos do consentimento (Sidou, 2000: 131).

O Estado intervém energicamente na constituição das relações econômicas entre sujeitos de direito privado, bem como na determinação do seu conteúdo, a fim de regular os interesses contrapostos por forma equitativa, orientando e fiscalizando o comportamento privado (Gomes, 1972: 26).

Logo, o objetivo do direito privado não podia mais se limitar à garantia da existência da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social (Habermas, 1997; 134).

2. Elementos, distinções com outras figuras jurídicas e formação dos contratos de adesão

Inicialmente, cumpre delimitar quais são os elementos constitutivos de um contrato de adesão, bem como explicá-los, sendo possível listar entre eles os seguintes: a) consentimento por adesão; b) totalidade ou parte significativa do conteúdo constituído por cláusulas contratuais gerais; c) impossibilidade de discussão e/ou modificação substantivas do conteúdo.

Em relação ao primeiro elemento, nessa técnica de contratação a participação dos sujeitos se dá em dois momentos distintos: inicialmente, o empresário formula o esquema contratual abstrato, oferecendo-o ao público; só então o outro contratante entra em cena, manifestando seu consentimento ao conteúdo proposto (Fiuza, 2003: 374-375).

A atuação do peticitante é oferecer o instrumento pronto e a do oblato é aderir, ensejo em que o contrato se perfaz com os efeitos e conseqüências comuns a todo o contrato, irrevogável por manifestação singular de qualquer das partes (Sidou,

2000: 136). Logo, o intento do predisponente é obter, de número indeterminado de aderentes, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais (Gomes, 1972: 9).

Não é necessário que todas as cláusulas sejam subtraídas à discussão para que o contrato seja de adesão (Ascensão, 1986: 94), pode ser que o predisponente deixe certa margem de discussão e inclusão de outras cláusulas, mas, em geral, o consentimento se expressa por simples adesão às cláusulas predispostas, ainda que se possam debater algumas partes do contrato, a característica essencial é que a porção mais significativa das cláusulas é predisposta e passa a integrar o contrato individual mediante a adesão de outro contratante (Fiuza, 2003: 375).

O segundo elemento a ser destacado é que a totalidade ou parte significativa do conteúdo, no mínimo, seja constituída por cláusulas contratuais gerais, pouco importando que se permita o debate de algumas cláusulas ou a inclusão de outras (Fiuza, 2003: 375b).

Finalmente, para que o contrato possa ser considerado de adesão não deve ser possível que se possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, o que se relaciona diretamente com o elemento anterior, na medida em que o que se quer ressaltar é que a parte deixada à livre disposição dos contratantes não pode ser capaz de modificar substancialmente o conteúdo, sob pena de sendo uma margem de discussão muito ampla, descaracterizar o contrato como de adesão, em razão da prevalência da parte livremente negociada (Fiuza, 2003: 375c).

Com relação às diferenças entre os contratos de adesão e outras figuras jurídicas que apresentam com ele pontos de similitude ou de aproximação, cabe, em primeiro lugar, distinguir entre contrato **de** adesão e contrato **por** adesão.

O primeiro já foi caracterizado como aquele que reúne, ao mesmo tempo, os três elementos anteriormente mencionados: consentimento por adesão; totalidade ou parte mais significativa das cláusulas seja constituída de cláusulas contratuais gerais; e que não se possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo. O contrato por adesão só preenche o primeiro destes elementos apontados, tendo em vista a forma como se deu o consentimento (Fiuza, 2003: 380).

Ainda, os contratos de adesão se diferenciam de outras três figuras contratuais, que com estes compartilham uma ou algumas características mas, ao

mesmo tempo, não conseguem articular todos os elementos que configuram o pacto de adesão: contratos-normativos; contratos-tipo; contratos preliminares.

Os contratos de adesão apresentam semelhanças com os contratos-normativos na medida em que ambas as figuras consistem na predeterminação de disposições e na necessidade de sua integral aceitação (Fiuza, 2003: 378).

Tal como os contratos de adesão, os contratos-normativos exprimem uma atividade reguladora do conteúdo de relações jurídicas concretas, sem se inserirem suas cláusulas de forma a suscitarem diretamente os direitos e obrigações das mesmas relações, destinando-se essencialmente a constituir o conteúdo normativo dos contratos existentes, ou por existir, na sua órbita de atração (Gomes, 1972: 13).

Mas enquanto nos contratos de adesão apenas uma das partes – o aderente – aceita integralmente as cláusulas pré-elaboradas pela outra parte – o proponente –, nos contratos normativos a determinação do conteúdo dos contratos é precedida de discussão entre as partes, com o propósito de estabelecer as normas abstratas que serão utilizadas nos contratos individuais (Fiuza, 2003: 379).

Outra figura jurídica próxima é a do contrato-tipo, que se caracteriza como uma fórmula elaborada por empresas ou pela Administração Pública para servir de modelo a futuros contratos, só havendo contrato quando as partes consentirem em se obrigar pelo conteúdo desse formulário (Fiuza, 2003: 379b); com o consentimento das partes, o conteúdo do contrato-tipo se torna o conteúdo da relação contratual que as mesmas estabelecem.

O contrato de adesão distingue-se ainda do contrato-tipo na medida em que este último não expressa mais que uma fórmula externa e puramente formal da técnica contratual, sendo um modo de formalizar o contrato que não é incompatível com o contrato de adesão, constituindo antes a forma usual de alguns, como o seguro, o transporte e os contratos bancários (Gomes, 1972: 13b).

Ainda, podemos apontar como diferença entre contratos de adesão e contratos-tipo a necessidade de que o último esteja num formulário e na possibilidade de os futuros contratantes se encontrarem em categorias contrapostas e organizadas, em condições de igualdade na formulação, ao passo que no contrato de adesão há a possibilidade de se utilizar um formulário, podendo, contudo, concluir-se de outras

formas, e a necessidade de que a eleição ou pré-formulação das cláusulas seja feita por uma das partes (Fiuza, 2003: 379-380).

Finalmente, os contratos de adesão se diferenciam dos contratos preliminares na medida que nestes o conteúdo do contrato é também predeterminado mas, além de se tratar de determinação concreta por mútuo consentimento, obrigam-se as partes a concluí-lo, se é que não se limitam, no chamado contrato definitivo, a dar execução ao que estipularam (Gomes, 1972: 14), ao passo que no contrato de adesão a fixação das cláusulas é unilateral e não há obrigatoriedade de contratar (o aderente consente na medida em que adere, mas, em tese, nada o obriga a fazê-lo).

A formação dos contratos de adesão é um procedimento diferenciado em relação aos contratos negociáveis. Naqueles, há um debate entre as partes para a fixação das cláusulas do contrato, que levarão a uma convergência das vontades na celebração do pacto, a partir da qual ambas estarão vinculadas às disposições acordadas.

Nos contratos de adesão, a fase de negociações preliminares não existe, pois, em princípio, o esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente quem se proponha a travar a relação concreta (Gomes, 1972: 41).

As partes no contrato de adesão são o proponente e o aderente. O último é aquele que adere às cláusulas apresentadas pela outra parte, enquanto o proponente é aquele que propõe – ainda que seja outro quem as elabore – as cláusulas contratuais gerais a um número indefinido de contratantes, deixando ou não alguma margem para as negociações individuais (Fiuza, 2003: 377).

Assim, predispostas as cláusulas contratuais gerais, de forma abstrata e genérica, para poderem gerar efeitos, e assim penetrar no mundo jurídico, normatizando determinada relação contratual, necessitam, inexoravelmente, de uma aceitação, tácita ou expressa, a qual marcará o nascimento do negócio jurídico (Fernandes Neto, 1991: 61). As cláusulas contratuais gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem na relação contratual individual (Gomes, 1972: 42; Fernandes Neto, 1991: 61b),

No entanto, cumpre ressaltar que sempre há cláusulas que não podem ser preestabelecidas e elementos imprevisíveis, o que leva à existência de uma faixa, mais larga ou mais estreita, na qual cabem alguns entendimentos prévios, muito embora, na maioria das vezes, estes contatos prévios se destinem à determinação de dados pessoais, dispensáveis, aliás, na maior parte dos contratos de adesão (Gomes, 1972: 41b).

Fixadas as cláusulas contratuais gerais e ofertadas ao público de forma indistinta para a celebração de contratos de adesão, chega o momento então em que a outra parte contratante irá concretizar o negócio jurídico. Logo, a manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a declaração de sua vontade, e se consubstancia no seu consentimento, nascendo a relação contratual que será regida pelas cláusulas predispostas, que serão seu conteúdo normativo (Fernandes Neto, 1991: 62).

Cabe destacar que, quanto à iniciativa da proposta, em geral se procede a oferta ao público, considerando o contrato perfeito e acabado no momento em que o cliente declara a aceitação, sob a forma de comportamento típico; mas pode se dar também por iniciativa do cliente, por meio de convite à oferta, concluindo-se o contrato quando a empresa aceita; a rigor, a adesão manifesta-se, no seu significado próprio na oferta ao público (Gomes, 1972: 41-42), mas o convite à oferta não descaracteriza os traços distintivos do contrato de adesão.

Ainda, proposta e aceitação sujeitam-se, para serem válidas, às normas comuns que sofrem, entretanto, alterações na aferição da capacidade e dos vícios de consentimento (Gomes, 1972: 42b). Deve-se ter em conta a forma pela qual a vontade do aderente foi expressa, as condições em que foi manifestada a sua vontade através da adesão, bem como o conhecimento que possuía daquilo que, lastreado na boa-fé, aceitara *in totum* (Fernandes Neto, 1991: 62c).

Finalmente, o silêncio pode produzir os efeitos da vontade, dependendo das circunstâncias que cercam toda negociação, principalmente referentes às ofertas; no caso do contrato de adesão, o silêncio do aderente, dependendo da situação que o cerca – silêncio qualificado – poderá ter os mesmos efeitos da adesão, gerando vínculos entre os contratantes (Mandelbaum, 1996: 152-153).

3. Das cláusulas contratuais gerais: características e fixação

Após a análise do processo de formação dos contratos de adesão, faz-se necessário um enfoque em um momento anterior, o da configuração das cláusulas contratuais gerais, vez que o primeiro fenômeno é continente e o segundo é conteúdo, ou seja, os contratos de adesão têm cláusulas contratuais gerais em sua composição, isso

quando não representam apenas a concretização dessas cláusulas predispostas através da adesão de outro contratante (Fiuza, 2003: 376).

Tais cláusulas também são conhecidas como condições gerais do contrato, embora seja uma impropriedade técnica, como mostra Orlando Gomes:

A expressão condições gerais do contrato padece de impropriedade técnica, tanto no emprego do substantivo quanto do adjetivo. O termo técnico para designar qualquer proposição contratual é cláusula. Na terminologia jurídica, o vocábulo 'condição' tem significado peculiar, que não se compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da preconstituição unilateral do esquema do contrato (Gomes, 1972: 7).

Ressalte-se que a expressão cláusulas contratuais gerais, embora esta terminologia também seja passível de críticas⁷, não obstante se apresente consolidada em termos doutrinários quando do tratamento da matéria dos contratos de adesão.

As cláusulas contratuais gerais apresentam quatro características essenciais para a sua delimitação: a predisposição (ou preconstituição), a uniformidade, a abstração e a rigidez.

A predisposição implica que as cláusulas foram previamente preparadas para integrar futuras relações concretas (Fiuza, 2003: 376b). A predeterminação das cláusulas caracteriza, com maior vigor, o contrato de adesão por ser o modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade (Gomes, 1972: 9b).

A uniformidade é uma exigência da racionalização da vida econômica (Gomes, 1972: 9c), visto que está em consonância com as características modernas do relacionamento contratual de massas, uma vez que não há tempo para a discussão caso a caso das cláusulas que deverão integrar o contrato (Fonseca, 1998: 49).

Quem pré-elabora as cláusulas tem em mente uma finalidade: sua inserção em número indeterminado de contratos individuais; para a consecução deste objetivo, as cláusulas são pré-elaboradas de maneira uniforme, pois não haveria tempo para discussões com cada contratante. É o caso dos bancos, que formulam cláusulas contratuais gerais, que serão o conteúdo de vários contratos, como a conta de depósito a ser celebrada por cada cliente (Fiuza, 2003: 376b).

⁷ O próprio Orlando Gomes destaca que é ambígua a qualificação dessas cláusulas, pois não é a generalidade que as distingue, mas a uniformidade, o que levou alguns autores a preferirem as expressões "condições uniformes do contrato" ou "predisposição das cláusulas uniformes" (Gomes, 1972: 7b).

A abstração se refere ao fato de que, ao serem elaboradas, as cláusulas não regulam relações jurídicas concretas, mas se destinam a qualquer contratante que a elas quiser aderir, não prevendo sua incidência sobre a esfera jurídica deste ou daquele indivíduo (Fiuza, 2003: 376c).

As mesmas cláusulas se repetem inesgotavelmente no conteúdo das relações concretas, quem as redige não pensa no caso concreto, nem nos possíveis contratantes singulares, que, no momento de elaboração das cláusulas contratuais gerais, são indeterminados e desconhecidos de quem as elabora (Gomes, 1972: 11).

À característica da abstração aparecer por vezes, em determinadas abordagens doutrinárias, associado o traço da generalidade como caractere autônomo, ou como ponto a partir do qual se desdobra a abstração. Esse requisito se entende com a função mesma do regulamento contratual preexistente, na medida em que não se elaboram as cláusulas gerais senão para regular uniformemente futuros e eventuais vínculos contratuais (Gomes, 1972: 10), sendo tais cláusulas elaboradas para a aplicação em grandes quantidades de casos a que se dedica o empresário, o que obriga que as mesmas se afastam cada vez mais dos casos particulares (Fonseca, 1998: 48).

Finalmente, temos a característica da rigidez, que significa que o futuro contratante não pode alterar as regras a ele apresentadas, coadunando-se com a utilização das cláusulas por um número indeterminado de contratantes, o que não seria possível se existisse a possibilidade de sua discussão ou alteração (Fiuza, 2003: 376-377). Não seria possível, a quem predetermina as cláusulas contratuais gerais, admitir alterações atribuindo-lhes uma flexibilidade que anularia seu intento e desfiguraria a *facti specie* (Gomes, 1972: 10b).

As cláusulas contratuais gerais podem ser formuladas, de forma abstrata, de várias formas, tendo Orlando Gomes (1972: 51) listado as seguintes: a) regulamento administrativo, a que se remetem as partes; b) regulamento administrativo elaborado por uma das partes, mas dependendo de aprovação constitutiva da Administração Pública; c) regulamento redigido por uma das partes e simplesmente aprovado, ou autorizado, pela Administração Pública; d) num regulamento de autoria de empresa privada sem interferência alguma da autoridade pública; e) num regulamento organizado por um grupo ou associação de empresas nas mesmas condições; f) mediante acordo normativo

entre categorias e interessados na formação de relações individuais de conteúdo obrigacional⁸; g) por terceiro, na função de mediador ou escolhido pelos interessados.

Quando a Administração Pública formula as cláusulas contratuais gerais, ou sua validade e eficácia dependem da aprovação do Poder Público, devem as mesmas ser excluídas da problemática dos contratos de adesão, por sua natureza normativa nesse caso, valendo como lei material; quando, porém, a intervenção da autoridade pública se dá para fins de controle administrativo, não perdem a condição de determinações da vontade particular, distinguindo-se apenas pela impossibilidade jurídica de estipulação, nos contratos individuais, de cláusulas derogatórias (Gomes, 1972: 51b).

Sobre a sua fixação (momento em que são trasladadas aos contratos individuais), as cláusulas contratuais gerais podem ser fixadas: pela Administração Pública, pelo particular com homologação do Poder Público, ou pelo particular (Gomes, 1972: 52).

Para Orlando Gomes, nos dois primeiros casos as cláusulas contratuais gerais possuem natureza normativa, ao passo que as declarações são negociais exclusivamente no último caso, quando formuladas pelo particular ou por uma empresa privada (Gomes, 1972: 53).

Se forem fixadas pela Administração Pública, qualquer alteração é ineficaz, ocorrendo a substituição automática da cláusula derogada ou alterada, que cede à disposição proveniente do poder regulamentar da autoridade pública; se emanam do particular, é indiscutível e eficácia das modificações, uma vez que se encontram no âmbito da autonomia privada (Gomes, 1972: 53b).

A definição legal de contrato de adesão no Brasil (art. 54 do Código de Defesa do Consumidor) considerou, entretanto, que a figura contratual mencionada se caracteriza, pelo menos no âmbito das relações de consumo, seja quando as cláusulas contratuais são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, seja quando as cláusulas tenham sido necessariamente aprovadas pela autoridade (pública) competente, o que torna possível que as cláusulas contratuais gerais sejam formuladas mediante aprovação ou autorização da Administração Pública.

⁸ Aqui há o exemplo do acordo ou convenção coletiva de trabalho, onde o sindicato dos trabalhadores negocia com a empresa ou com o sindicato patronal a elaboração e fixação de cláusulas contratuais gerais que serão incorporadas aos contratos individuais de trabalho de todas as relações empregatícias de uma determinada categoria no âmbito de uma determinada base territorial.

4. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais no Direito brasileiro. Regras de interpretação

O desenvolvimento dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais no Direito brasileiro começou somente a partir da década de 1960, por influência do Direito Econômico, avançando mais no final do século passado e início deste século, visto que o Código Civil de 1916 não tratou da matéria, embora a contratação de massas já fosse na primeira metade do século XX um fenômeno marcante da vida econômica.

Cunha Gonçalves já advertia que os contratos de adesão, como todos de conteúdo preestabelecido, pela sua crescente importância quantitativa, estão a reclamar do legislador brasileiro disciplina adequada e especial em prol da inferioridade psíquica e econômica do aderente (Gonçalves apud Sidou, 2000, p. 151).

Ainda hoje, há poucas normas de direito positivo a respeito dos contratos de adesão, sendo a principal fonte normativa o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8078/1990), que tratou do contrato de adesão nos seguintes termos:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

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

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

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

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

O *caput* e o parágrafo 1º do art. 54 tratam de delimitar o contrato de adesão para fins legais, enquanto os parágrafos 2º, 3º e 4º trazem preceitos que, se violadas, importam a nulidade do contrato de adesão, pois se destinam a garantir a publicidade das cláusulas contratuais, de forma que a adesão seja a mais consciente possível.

À disciplina legal dos contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor que vinha servindo, por analogia, para a disciplina de outros contratos de

adesão⁹ que não tivessem regulamentação específica se somou o disposto no Código Civil brasileiro de 2002, que trouxe nos arts. 423 e 424 algumas prescrições acerca dos contratos de adesão, notadamente de caráter hermenêutico, trazendo ainda disposições sobre contratos de adesão específicos, como os contratos de seguro¹⁰ e de transporte¹¹.

Além dos contratos de adesão considerados genericamente, há contratos específicos que são considerados de adesão, por reunirem as características do tipo geral, que são regulamentados de forma especial, por lei ou ato do Poder Público, como os listados por Fonseca (1998: 22), dentre eles: a) os contratos de consórcio para a aquisição de bens móveis e imóveis; b) contratos de prestação de serviços ao público consumidor, como estacionamento de veículos, lavagem de roupas, que incluem nos tickets cláusulas que não serão discutidas.

Outros contratos de adesão específicos são citados por Bittar, a exemplo dos contratos bancários (abertura de conta corrente, prestação de serviços de cobrança de títulos, financiamento, cartões de crédito, etc.), nos quais as cláusulas, que vêm

⁹ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 567.938 - RO (2003/0149898-8) RELATOR : MINISTRO CASTRO FILHO: Por outro lado, já decidiu esta Turma, no julgamento do Resp 306.155/MG, DJ 25/02/2002, (Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi), que as normas consumeristas são aplicáveis à relação existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes. Na oportunidade, a Relatora emitiu as seguintes considerações: “A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária. Nesse prisma, a caracterização do participante de plano de previdência privada fechada como consumidor não oferece obstáculos, pois certamente trata-se de pessoa que adquire prestação de serviço como destinatário final, ou seja, para atender à necessidade própria, na conceituação de José Geraldo Júnior. Ademais, segundo aquele autor, a vulnerabilidade econômica é um traço do consumidor, e, no caso em exame, nota-se facilmente a posição economicamente mais fraca do contribuinte em relação à entidade de previdência privada. A situação vulnerável do participante é acentuada ainda pelo fato de que os contratos previdenciários celebrados com a entidade privada são de adesão, em que o aderente não tem qualquer possibilidade de participar da estipulação das cláusulas. De outro lado, também pode-se enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º, do CDC. É fornecedor de serviços aquele que os presta no mercado de consumo”.

¹⁰ Art. 757. *Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.* Estes contratos obedecem a um padrão seguido por todas as companhias seguradoras, sua redação é comum, as cláusulas são as mesmas, podendo até variar as condições pecuniárias, tendentes não a favorecer ao aderente, mas sim às seguradoras, com a finalidade de captação de clientela (Fonseca, 1998: 22b).

¹¹ Art. 730. *Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.* Cumpre destacar que no âmbito dos transportes, todos os meios, por ar, por terra ou mar, adotam a contratação por adesão, com ou sem documento escrito, mediante bilhetes, passagens, tickets e outras formas de oferta ao público, sendo contratos pelos quais o transportador se obriga a entregar, em determinado lugar, pessoa ou coisa, nas condições próprias, constituindo obrigação de resultado, obrigando o transportador à assunção dos riscos dos acidentes, em que é objetiva a responsabilidade (Bittar, 1991: 110-111).

impressas em documentos próprios (ou formulários), revelam o rigor das cautelas tomadas pelas entidades do setor na proteção de seus interesses (Bittar, 1991: 111).

O reconhecimento dos contratos de adesão, notadamente na defesa do consumidor e, também, do aderente, vem se concretizando gradativamente na jurisprudência dos tribunais pátrios, especificamente na identificação da espécie em comento e da repressão às cláusulas abusivas, como destacam os julgados reproduzidos:

*De acordo com o enunciado da súmula 297/STJ, a Segunda Seção desta Corte entende ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos **contratos** bancários, porque entre clientes e instituições financeiras existe relação de consumo. O acórdão recorrido acompanha entendimento desta Corte quando afirma existir, in casu, relação de consumo e, em consequência, determina o não preavalecimento do foro de eleição estabelecido em contrato de **adesão** celebrado entre as partes (STJ – AgRg no Ag 653693 / RS – Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES – Data do julgamento: 16/08/2005).*

Apelação Cível. Relação de consumo. Responsabilidade civil de plano de saúde. Consumidor acometido de hérnia umbilical volumosa. Negativa de autorização do Réu para a realização de procedimento cirúrgico recomendado pelos médicos. Obrigação do plano de saúde em prestar a cobertura.. EXIGÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA PRÉVIA CONSTANTE NO CONTRATO DE ADESÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA, PORQUANTO ESTABELECE OBRIGAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA, ALÉM DE COLOCAR EM RISCO A SAÚDE DO CONSUMIDOR. EM RELAÇÃO DE CONSUMO, A INTERPRETAÇÃO DEVE SER PROMOVIDA DA MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR (ART. 47, CDC). Dano moral configurado diante da injustificada recusa do Réu, apesar da gravidade e da urgência da intervenção cirúrgica. Respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Valor de R\$ 12.000,00 bem fixado, de acordo com a lógica do razoável. Improvimento do recurso (TJ/RJ - Apelação Cível 2005.001.54022 – Relator: Des. Luís Felipe Salomão - Julgamento: 28/03/2006).

CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. DESIQUILÍBRIO. A jurisprudência tem se posicionado, majoritariamente, no sentido de que no **contrato de adesão**, a cláusula de eleição de foro deve ser desconsiderada sempre que acarretar um desequilíbrio entre as partes, de forma a prejudicar a defesa do aderente. Precedentes jurisprudenciais. Recurso manifestamente improcedente que se nega seguimento, nos termos da decisão do Desembargador Relator (TJ/RJ – Agravo de Instrumento - Processo **2006.002.01653** – Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo).

Não obstante as controvérsias jurisprudenciais e o disposto no Direito positivo em relação aos contratos de adesão, o Direito brasileiro ainda não possui uma formulação em termos legais do que sejam as cláusulas contratuais gerais, não obstante a espécie se encontre presente desde preceitos acerca da elaboração de contratos administrativos na Lei 8666/1991 (Lei de Licitações) até os contratos especiais de trabalho na Consolidação das Leis do Trabalho, além das cláusulas específicas na regulamentação dos contratos de seguro e transporte no Código Civil.

No tocante às regras de interpretação dos contratos de adesão, o Código Civil trouxe dois preceitos específicos, que serão aqui reproduzidos:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O problema da interpretação das cláusulas dos contratos de adesão já vem preocupando a tempo a doutrina, levando a formulações que procurem estabelecer a defesa do aderente, ou do contratante mais franco, pois:

Impõe-se então, ao contrato de adesão, campo extremamente fértil para que proliferem as cláusulas obscuras, duvidosas, ambíguas, leoninas, vexatórias e abusivas, métodos específicos para a sua interpretação (...) assim, tem a doutrina (...) adotado regras específicas para a interpretação dos contratos de adesão (...) no que tange à cláusulas duvidosas ou ambíguas, de difícil interpretação, sempre deverão ser interpretadas a favor daquele que apenas aderiu e não daquele que as elaborou (...) dever-se-á, ocorrendo divergência entre as cláusulas gerais e as especiais, fazer com que essas últimas prevaleçam sobre as primeiras. Presume-se que as cláusulas especiais, aquelas que foram elaboradas de forma particular para determinado contrato (...) foram possivelmente discutidas, ou, pelo menos, a possibilidade de uma discussão prévia é indubitavelmente maior nessas do que naquelas em que o utente se limitou a aderir (Bittar, 1991: 74-76).

5. Conclusão

A figura jurídica do contrato se destina concretamente a tornar efetiva a circulação de riqueza, tendo como substrato material uma operação econômica e sendo este seu objetivo (Fonseca, 1998: 57). Pressupõe-se que esse deslocamento se realize em situação de correspectividade, ou seja, que haja correspondência quantitativa entre os dois pólos no momento da fixação das prestações.

Do ponto de vista subjetivo, contudo, a pressuposição de igualdade é meramente abstrata, pois no mundo da concretude as partes contratantes não estão em perfeita igualdade (Fonseca, 1998: 57-58), investindo-se o proponente, nos contratos de adesão, em posição de maior poder, por ser, geralmente, ser um empresário ou contratante que se encontra em condições de estabelecer a totalidade ou a maior partes das cláusulas sem discussão prévia e de maneira uniforme, restando ao outro contratante manifestar seu consentimento pela adesão a essas cláusulas.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, ao tratar da nova concepção social do contrato no Código do Consumidor (1992: 50-51), destaca que a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados, a lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais se inserem neste novo paradigma das relações contratuais, devendo ser compreendidos como figuras jurídicas que inserem um novo conceito de autonomia privada, que não se torna uma força absoluta, mas deve também cumprir uma função social.

No caso dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, essa função diz respeito à otimização das relações contratuais diante da economia de massas, qualificando-se como uma técnica ou metódica de ampliação da concretização das relações contratuais e redução de tempo e de custos, a partir da adesão de um contratante a um esquema abstrato e preconstituído de cláusulas uniformes, que irão orientar a consecução do contrato.

Dessa forma, surgiu a necessidade de intervenção do Estado na relação contratual, reduzindo a liberdade de contratar, pois, ao mesmo tempo em que o contrato

de adesão cumpre uma função de otimização e ampliação das relações contratuais, com eliminação total ou majoritária das negociações preliminares, acaba por reduzir o espaço de negociabilidade em favor de uma parte em detrimento da outra, o que gera a necessidade de contraposição de garantias que torna o negócio jurídico mais equitativo, como um ônus a ser suportado pelo empresário, que deverá ter sua liberdade de contratar contrabalanceada mediante garantias do sistema jurídico, supervisionadas pela fiscalização do Poder Público, de forma que a função do contrato seja cumprida sem a anulação completa de uma das partes dentro da relação contratual.

8. Referências bibliográficas:

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Contrato de Adesão*. Revista da Universidade Gama Filho, volume 27, janeiro/1986.

BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. s/d

BITTAR, Carlos Alberto (coordenador). *Os Contratos de Adesão e o Controle das Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIÚZA, Cezar. *Direito Civil – curso completo*. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GIORGIANNI, Michelle. *O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras*. Revista dos Tribunais número 747. Janeiro de 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. In: Revista de Direito Civil, volume 65, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, 1975.

SIDOU, José Maria Othon. *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus Sic Statibus) e Contratos de Adesão*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.