

CONTRATAÇÃO NA SOCIEDADE MASSIFICADA

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (UNIARA). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal. Foi Procurador do Banco Central do Brasil. Foi Defensor Público Federal. Foi Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Foi Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Resumo: O presente artigo analisa o sistema contratual na sociedade massificada. Inicia os estudos a partir da concepção liberal de contrato, passa pelo modelo do dirigismo contratual e chega ao sistema atual de contratação, ditado pela sociedade massificada. Destaca que na sociedade massificada prevalecem os contratos de adesão, que muitas vezes são acompanhados de condições gerais de contratação. Estuda a tutela dos contratos de adesão e das condições gerais de contratação no âmbito do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, ressalta a necessidade de uma revisão da legislação brasileira, para que haja uma melhor proteção dos contratantes, apontando que em muitos países europeus, como na Alemanha, em Portugal e na Espanha, essa matéria conta com uma legislação muito mais estruturada.

Palavras-chave: Sociedade massificada. Contratos de adesão. Condições gerais de contratação. Dirigismo contratual. Proteção do consumidor.

Sumário: Introdução – **1** Evolução histórica – **2** Contratação na sociedade massificada – **3** Contrato de adesão – **3.1** A terminologia contrato de adesão – **3.2** Conteúdo do contrato de adesão – **4** A previsão do contrato de adesão no Código de Defesa do Consumidor – **5** Condições gerais dos contratos – **5.1** O surgimento das condições gerais dos contratos – **5.2** A terminologia condições gerais dos contratos – **5.3** Natureza jurídica controvertida – **5.4** Características das condições gerais dos contratos – **5.5** A interpretação *in dubio contra stipulatorem* – **6** As condições gerais dos contratos no Direito brasileiro – **7** Controle das condições gerais dos contratos – **8** O paradigma alemão – **9** Considerações finais

Introdução

A contratação na sociedade massificada rompeu com os paradigmas da concepção contratual clássica. O contrato de adesão e as condições gerais de

contratação, que normalmente integram o contrato de adesão, alteraram o colorido das relações contratuais. Constituem, em realidade, apenas o reflexo de uma sociedade voltada para a eficiência econômica, na qual é demandado o intercâmbio massivo de bens e serviços de forma muito rápida, fenômeno imprescindível para a circulação das riquezas na sociedade hodierna.

Nesse contexto, para o atendimento da agilidade contratual demandada pelos agentes econômicos, não pode mais o jurista moderno se prender aos paradigmas do sistema contratual clássico. Na sociedade pós-industrial é imprescindível a compreensão do fenômeno dos contratos de adesão e das condições gerais de contratação.

Apesar de ignorada por muitos estudiosos e omitida pela maior parte dos manuais, não deve a temática ser tratada como uma mera perfumaria no âmbito do direito contratual, necessitando de uma análise mais aprofundada, que reflita sua real significação econômica, social e jurídica, o que é proposto no presente trabalho.

1 Evolução histórica

A concepção tradicional ou clássica de contrato foi forjada especialmente pelo Código Napoleônico de 1804, que recepcionou os ideais da Revolução Francesa de 1789. Também foi de fundamental importância para tal construção a doutrina da autonomia da vontade, desenvolvida pelos canonistas, a teoria do direito natural, as teorias econômicas e o liberalismo.¹

O contrato, conforme o modelo clássico, constituía um instrumento para a aquisição da propriedade, cuja transferência dependia exclusivamente da vontade. De fato, o “acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias”.² Assim, a partir dos institutos do contrato e da propriedade os revolucionários franceses pretendiam colocar fim à herança feudal, o que possibilitaria a utilização dos bens em conformidade com os princípios da economia capitalista.

Os códigos elaborados com base na doutrina clássica contratual, como o Código Civil francês e o Código Civil alemão, foram fundados na igualdade formal das partes e no consentimento livre dos contratantes. Partia-se da ideia de que os homens são livres e iguais, que são capazes de cuidar dos seus próprios

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 383.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

interesses financeiros, de escolher adequadamente seus parceiros contratuais, bem como de definir o conteúdo das contratações.³

Nesse período, as relações jurídicas se estabeleciam entre pessoas perfeitamente identificáveis, que podiam discutir todos os tópicos do contrato que viria a ser formado (*contrat de gré à gré*). Com isso, em função da liberdade individual, a atuação do Estado no âmbito contratual deveria ser mínima, basicamente voltada para a garantia da execução e do cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes.⁴ O Estado não podia intervir para analisar o equilíbrio dos contratos ou tentar promover a igualdade substancial das partes, pois sua função era meramente a de garantidor da “estabilidade das regras do jogo”.⁵

Esse modelo, que tinha como princípios fundamentais a autonomia da vontade, a força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos efeitos contratuais, foi formado ao longo do século XIX e esteve em pleno vigor até o final do século XIX e início do século XX. Tal concepção influenciou o Direito Privado europeu e dos demais países que seguem o sistema da *Civil Law*, incluindo o Brasil, que viu essas ideias positivadas no Código Civil de 1916.⁶

Entretanto, o individualismo gerou sérios desequilíbrios sociais, uma vez que acabou provocando o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca.⁷ A problemática evidenciou-se claramente na celebração dos contratos de trabalhos, onde o princípio da autonomia da vontade se mostrou totalmente inoperante.⁸ As dificuldades desse momento histórico foram muito bem sintetizadas pelas célebres palavras do padre Lacordaire, que aduziu: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.⁹

Isso tudo demonstrou a necessidade de revisão da concepção contratual elaborada no século XIX, fulcrada no voluntarismo. Surgiu, então, no século XX, o dirigismo contratual, reflexo de movimentos sociais desencadeados na Europa e da passagem do Estado liberal para o Estado social,¹⁰ que assumiu um papel

³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 382.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 383.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51-52.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 232.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 9.

⁹ Vejamos o original: “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit” (LACORDAIRE, Henri. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848, p. 246).

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 386.

intervencionista, “procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais”.¹¹

O Estado intervém, então, nas relações contratuais, buscando garantir um relativo equilíbrio, o que faz com fundamento na ordem pública e na boa-fé, objetivando salvaguardar os interesses dos vulneráveis.¹² Com isso, o individualismo foi paulatinamente sendo relegado a um papel secundário, visto que a necessidade de intervenção legislativa estava em desconformidade com a estrutura doutrinária concebida no século XIX.¹³ Foram editadas inúmeras leis que impuseram limites à liberdade contratual, o que se deu pela expressa vedação de determinadas cláusulas e pela definição de algumas regras mínimas. Desse modo, em certos setores que interessavam a toda a coletividade e ao Estado, passou a existir um dirigismo contratual.¹⁴

Todavia, apesar das sensíveis transformações sofridas pelo contrato durante o século XX, a previsão de normas jurídicas de ordem pública e de interesse social, ditadas pelo dirigismo contratual, não foi suficiente para impedir o predisponente de obter, em muitos casos, situações jurídicas bastante favoráveis, que não encontravam nenhuma vedação na legislação.¹⁵ Por isso, vê-se, desde o final do século XX, a constituição de uma nova fase da teoria contratual, ainda em gestação, a qual deve se adaptar à sociedade massificada e à despersonalização das relações contratuais.

2 Contratação na sociedade massificada

O modelo contratual tradicional, de liberdade no que toca à autocomposição de interesses e igualdade de condições,¹⁶ teve seu espaço reduzido substancialmente, representando, hodiernamente, apenas uma pequena parcela do mundo negocial.¹⁷ Fala-se em crise da autonomia privada contratual, o que decorreu do processo de massificação das relações contratuais.

Desse modo, na sociedade contemporânea é imprescindível trabalharmos com o conceito de massas, que, conforme ensina Paulo Lôbo, são “os conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado”.¹⁸

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 232.

¹² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 232.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 24.

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 78.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 232.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 24.

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 12.

Em face dessas características, a sociedade massificada multiplicou o montante das contratações, havendo, portanto, um salto quantitativo, mas não qualitativo. De fato, entre as características das relações jurídicas de massa estão a despersonalização e o anonimato. Há uma evidente dificuldade de identificação dos sujeitos, o que leva à figura dos contratantes anônimos, que não se conhecem. É que a “economia de massa exige contratos impessoais e padronizados”, que não mais se adaptam ao modelo contratual tradicional,¹⁹ mesmo porque esses contratos “são destinados a um número indeterminado de contratantes”.²⁰

Com isso, diante das necessidades da sociedade massificada, surgem os contratos de adesão (contratos *standard* ou padrão), que atualmente encampam toda a vasta área contratual da circulação de bens e da prestação de serviços. Esses contratos constituem, em setores importantes da economia, como é o caso da atividade bancária, de transportes, seguros e serviços essenciais, a forma predominante de contratação.²¹

Outrossim, aos contratos de adesão é usual a associação das condições gerais dos contratos, nas quais existe a mera submissão a cláusulas preestabelecidas. Em função dessas condições, a vontade negocial fica extremamente limitada, cabendo à parte aderente somente o conhecimento do fato de que ao assinar o contrato as referidas condições farão parte da contratação.

Hodiernamente, os contratos aos quais as pessoas mais se vinculam estão submetidos às referidas condições gerais, que são preestabelecidas unilateralmente, inalteráveis pelos destinatários, submetendo milhares ou até mesmo milhões de pessoas, como é o caso dos contratos de planos de saúde, que contam com mais de 40 milhões de contratantes e beneficiários em nosso país.²²

Assim sendo, os ordenamentos jurídicos tiveram que enfrentar essa realidade, para a qual o modelo liberal clássico do contrato é totalmente inadequado. Para atender às demandas da sociedade contemporânea foi imprescindível a substituição do modelo contratual baseado no equilíbrio formal pelo modelo que busca o equilíbrio material.

Por conseguinte, a massificação do consumo e o surgimento dos grandes grupos econômicos demonstraram que os princípios contratuais tradicionais já não eram suficientes para a regulação das relações humanas.²³ Assim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e o Código Civil de 2002 foram

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 25.

²⁰ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243.

²¹ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 21. ed. Milão: Giuffrè, 2013, p. 504.

²² LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 30.

elaborados levando em conta esses problemas, tanto que procuraram proteger o aderente, considerando-o juridicamente vulnerável, bem como lhe outorgaram uma interpretação mais favorável nas contratações, quando em conflito com o predisponente.

3 Contrato de adesão

O contrato de adesão se contrapõe ao contrato paritário, no qual as partes são colocadas em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia da vontade, o que lhes permite a discussão dos termos da contratação. No contrato de adesão não há discussão sobre o seu conteúdo, existindo apenas a possibilidade de aceitação ou recusa do contrato como um todo pelo aderente, sem possibilidade de debates acerca das disposições contratuais,²⁴ salvo naturalmente o preenchimento de algumas informações ou a realização de opções preestabelecidas.

Atualmente é raro encontrarmos na dinâmica negocial um contrato que tenha sido estabelecido a partir da discussão das suas cláusulas, de uma avaliação cuidadosa e criteriosa das diversas consequências jurídicas da sua assinatura.²⁵ Na sociedade massificada a grande maioria dos contratos é de adesão, ou seja, já vêm prontos, elaborados unilateralmente pelo predisponente, com conteúdo prefixado, pelo que assevera Josserand que os contratos se tornam menos e menos contratuais.²⁶

Desse modo, fica evidente a existência de duas partes no contrato de adesão. A primeira é o predisponente ou estipulante, que é uma pessoa física ou jurídica que tem uma posição de superioridade contratual, pois pode desenhar a estrutura do contrato, estabelecendo, de forma unilateral, suas regras. Do outro lado, há o aderente, entendido como a pessoa física ou jurídica que contrata com o predisponente, constituindo a parte vulnerável nos contratos de adesão.²⁷

Em relação ao contrato de adesão é ainda necessário distinguir duas situações diversas. A primeira ocorre quando todas as cláusulas do contrato são apresentadas ao aderente no próprio contrato de adesão. A segunda situação,

²⁴ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 5 ed. Madri: Tecnos, 1988. v. II, p. 80. Nesse mesmo sentido dispõe a legislação colombiana, que define o contrato de adesão no art. 5, 4 do Estatuto do Consumidor (Lei 1.480/2011), estabelecendo que se trata do contrato no qual “las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 381.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 232.

²⁷ TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 29, jul./dez., 2015, p. 149.

mais complicada, dá-se quando ficam fora do contrato de adesão determinadas cláusulas, às quais, contudo, o contratante vai aderir.²⁸

No último caso estamos diante de um contrato de adesão com condições gerais de contratação, o qual é definido por Paulo Lôbo como “o contrato que, ao ser concluído, adere a condições gerais predispostas ou utilizadas por uma das partes, que passam a produzir efeitos independentemente de aceitação da outra”. Isto é, trata-se de um contrato que vai aderir a condições gerais de contratação.²⁹

E nesse contexto fica claro o caráter assimétrico dos contratos de adesão, que se manifesta no fato de que o predisponente tem profundos conhecimentos em relação ao desenvolvimento de sua atividade econômica, conhecimentos que o aderente não dispõe. Além disso, o poder que o predisponente tem em função de sua posição econômica no mercado é incontestável.³⁰

De qualquer modo, é importante observar que o contrato de adesão não pode ser considerado uma categoria contratual autônoma e nem mesmo um tipo contratual. Trata-se, em realidade, tão somente de uma técnica de formação do contrato, “que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do contrato, exigência das economias de escala”.³¹

3.1 A terminologia contrato de adesão

A denominação contrato de adesão conta com ampla aceitação no Direito brasileiro e estrangeiro.³² No país, ressalvadas algumas variantes na doutrina, a expressão é consagrada pela legislação e pela jurisprudência. Todavia, as críticas à denominação contrato de adesão não podem passar sem uma análise adequada, sendo possível a identificação de variações na terminologia utilizada pela doutrina.

O termo foi inicialmente apresentado por Raymond Saleilles, em estudo publicado em 1901, sobre a parte geral do Código Civil alemão, intitulado: *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*. Em referido trabalho, o jurista explicitou que os contratos aderem

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 80.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 129-130.

³⁰ TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 29, p. 141-182, jul./dez. 2015, p. 142.

³¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. III, p. 177.

³² No direito italiano é utilizada a expressão contratos por adesão ou contratos *standard* (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 504).

às condições gerais de contratação (*que adhère aux conditions générales*).³³ Assim, originalmente, a expressão contrato de adesão deriva do fato do contrato aderir às condições gerais de contratação, não se confundindo tal adesão com a ideia difundida acerca da adesão do próprio contratante ao contrato de adesão.³⁴

No país, a expressão foi disseminada por Orlando Gomes, que considerou a denominação contrato de adesão restrita àqueles casos em que não seria possível a rejeição das cláusulas uniformes preestabelecidas. Por outro lado, o autor propôs o nome de contrato por adesão para significar as estipulações unilaterais cujas cláusulas não seriam irrecusáveis pelo futuro aderente.³⁵

Maria Helena Diniz, por seu turno, entende ser mais correto o uso da expressão contrato por adesão, ao invés de contrato de adesão. Isso porque a contratação se constitui pela adesão da vontade de uma pessoa indeterminada à oferta permanente do proponente.³⁶

Ocorre que o contrato de adesão só passa a existir com a declaração comum das partes contratantes. Antes da conclusão não há contrato, existem apenas as condições gerais dos contratos, que já tinham sido constituídas prévia e unilateralmente. Por isso, não se pode falar em adesão do contratante às condições gerais, visto que elas se aplicam simplesmente pela conclusão do contrato de adesão. Desta feita, o que vai aderir às condições gerais é o contrato individual, ou seja, é o contrato de adesão que adere e não o contratante.³⁷

De qualquer forma, como foi destacado acima, apesar de eventual discussão terminológica, a expressão contrato de adesão, por influência francesa, tem maior aceitação na doutrina nacional,³⁸ tanto que foi consagrada no Direito pátrio, sendo utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 54) e pelo Código Civil (arts. 423 e 424).

3.2 Conteúdo do contrato de adesão

O conteúdo do contrato de adesão muitas vezes é confundido com as condições gerais de contratação. Entretanto, é imprescindível considerarmos que

³³ SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (art. 116 à 144). Paris: LGDJ, 1929, *passim*. Vale observar que referida obra foi publicada anteriormente, em 1901, pela editora F. Pichon.

³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 123.

³⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 119.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 104.

³⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 129.

³⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 71.

o “contrato de adesão não contém apenas condições gerais”, podendo conter algumas “cláusulas negociadas ponto por ponto e outras partes que componham a declaração comum dos contratantes”.³⁹

Nesse contexto, é certo que no contrato de adesão há uma redução da autonomia privada do aderente, que fica bastante limitada.⁴⁰ No entanto, existe um espaço, ainda que extremamente reduzido, insuscetível à predisposição, passível de tratativas entre as partes, pelo que está sob o regramento clássico dos contratos. Assim, não se pode negar que no contrato de adesão remanesce uma área, ainda que bastante estreita, na qual as partes podem realizar tratativas. Todavia, vale observar que o espaço aberto para negociação comumente diz respeito somente à discussão do preço e de algumas questões particulares, incluindo o espaço para o preenchimento de dados pessoais e para a identificação do objeto.⁴¹

Desse modo, o contrato de adesão, ressalvadas determinadas especificidades, não exige a realização de tratativas. A despeito disso, é certo que o aderente tem garantida sua liberdade contratual, uma vez que, diante da pluralidade de opções existentes no mercado para a contratação, poderá eleger aquela que lhe parecer mais adequada para a aquisição de bens ou prestação de serviços.⁴²

Realmente, a existência de uma parte economicamente mais forte, que consegue impor sua vontade no que toca ao conteúdo do contrato, não é uma circunstância de fato que vai desnaturar o contrato e que, por si só, vai invalidá-lo.⁴³ Admite-se como válida, dessa maneira, a declaração de vontade negocial que apenas concorde ou discorde do estabelecido nos termos do contrato de adesão.⁴⁴

Outrossim, vale reforçar que “a relação existente entre condições gerais e contrato de adesão é, respectivamente, de conteúdo e continente, de matéria e instrumento de eficácia. O contrato de adesão é instrumento que concretiza os efeitos das condições gerais”,⁴⁵ ou seja, é pela via do contrato de adesão que as condições gerais de contratação ganham eficácia.

Destarte, enquanto não aceitas pelo aderente, as condições gerais de contratação são abstratas e estáticas, de maneira que é fácil perceber que a assinatura do contrato de adesão leva à concretização dessas condições. Apenas

³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 129.

⁴⁰ TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, cit., p. 147.

⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 129.

⁴² TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, cit., p. 147.

⁴³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 343.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, cit., p. 76.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 128.

com o contrato de adesão é que as condições gerais de contratação vão se tornar dinâmicas, uma vez que antes disso, ou seja, antes da aceitação do aderente, as condições não podem ser consideradas como integrantes do contrato.⁴⁶

4 A previsão do contrato de adesão no Código de Defesa do Consumidor

O art. 54 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o contrato de adesão é aquele “cuja 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”.

A redação do dispositivo não fica, entretanto, isenta de críticas, pois o Código de Defesa do Consumidor teria incorrido em equívoco, confundindo contrato de adesão com as condições gerais de contratação. De fato, a definição da lei seria mais adequada para as condições gerais dos contratos, uma vez que aquilo que pode ser objeto de controle e aprovação prévia pela autoridade são as condições gerais, não os contratos de adesão.⁴⁷

Apesar do equívoco, é interessante observar que o Código de Defesa do Consumidor serviu de modelo para a legislação de vários países da América do Sul, como sucedeu na Argentina, no Paraguai, no Uruguai e na Venezuela. Desse modo, esses países acabaram replicando em seus ordenamentos jurídicos o equívoco mencionado.

Todavia, como exceções, pode-se apontar o Estatuto do Consumidor da Colômbia, de 2011, e o Código Civil do Peru, de 1984. O último, que cuida de quase todos os aspectos de direito material da temática, diferenciou o contrato de adesão das condições gerais de contratação, destacando que estas (as condições) são aprovadas pela autoridade administrativa e se incorporam automaticamente aos contratos individuais (art. 1.393), cabendo ao Poder Executivo definir os tipos de fornecimento de bens ou de serviços que ficam sujeitos à aprovação prévia (art. 1.394). Ademais, é possível que as partes convençionem expressamente sobre a exclusão de determinadas condições gerais de contratação (art. 1.395).

Portanto, pode-se dizer que o descuido na redação do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor merece correção, pelo que seria muito interessante se

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 129.

⁴⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 130.

a legislação consumerista realmente fizesse a devida conceituação e distinção entre o contrato de adesão e as condições gerais de contratação.

5 Condições gerais dos contratos

As condições gerais dos contratos (ou condições gerais de contratação) são o conjunto de regras que um sujeito, normalmente detentor de poder econômico, chamado de predisponente, utiliza para regular de forma uniforme as suas relações contratuais. Essas condições são destinadas a reger uma série indefinida de relações, contrapondo-se às cláusulas especificamente elaboradas para relações singulares.⁴⁸

Trata-se de um fenômeno contemporâneo bastante desafiador, uma vez que não se adapta ao modelo contratual seguido pelas codificações, dado que há dificuldades no que toca, entre outros aspectos, a sua qualificação, terminologia e identificação no âmbito dos atos jurídicos.⁴⁹

De qualquer modo, os juristas não podem ignorar o fenômeno das condições gerais dos contratos, que constituem instrumentos negociais de fundamental importância para a vida econômica atual. Realmente, elas estão onipresentes no cotidiano das pessoas de todas as classes sociais, pois ninguém pode deixar de utilizar determinados bens ou serviços (e.g. água, luz, telefonia, serviços bancários, planos de saúde, transportes etc.). Estão tão disseminadas, que dificilmente alguém poderia ter acesso a bens ou serviços sem a submissão aos regulamentos contratuais que as empresas dispõem em forma de cláusulas.⁵⁰

Assim sendo, sempre que uma atividade econômica tiver que interagir com uma grande quantidade de pessoas, que utilizam seus produtos ou serviços, o fará por meio das condições gerais de contratação, que serão integradas a cada contrato individual que vier a ser assinado. Em razão desse sistema, tornou-se praticamente inviável a negociação individual, o que tornou obsoleto o esquema contratual clássico.

A eficácia das condições decorre do fato de o aderente ter aceitado o regulamento apresentado pela outra parte.⁵¹ Contudo, vale notar que essas cláusulas apresentam um perigo evidente, pois, se por um lado facilitam a contratação em massa, já que o empresário não precisa discutir individualmente cada contratação, por outro lado, o contratante, normalmente um consumidor,

⁴⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, cit., p. 340.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 122.

⁵⁰ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, cit., p. 341.

⁵¹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, cit., p. 343.

é colocado em situação de desvantagem. É que o empresário procura obter vantagens, eximindo-se de responsabilidades ou assumindo responsabilidade de forma limitada, dificultando sobremaneira a situação do aderente. Esse é o caso do estabelecimento, por exemplo, de prazos reduzidíssimos para informar um sinistro, sob pena de perda do direito à indenização. Ainda, é frequente a redação dessas cláusulas de maneira obscura, ambígua, bastante difícil para a compreensão do aderente⁵² ou ainda em letras minúsculas, que limitam a leitura. Tudo isso traz grandes benefícios para o empresário que elaborou as condições.⁵³

5.1 O surgimento das condições gerais dos contratos

A figura das condições gerais dos contratos (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) foi construída pela doutrina alemã. Foi Ludwig Raiser quem, em 1935, iniciou os debates sobre as condições gerais dos contratos, matéria que foi objeto de sua tese de livre-docência (*Habilitation*).⁵⁴

O trabalho de Raiser balizou a jurisprudência alemã até a entrada em vigor da AGBG (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), em abril de 1977 (Lei de 09.12.1976), que introduziu normas para regular as condições gerais dos contratos.⁵⁵ Contudo, as disposições de referida lei foram posteriormente, em janeiro de 2002, integradas ao Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), na parte geral do Direito das Obrigações (*Allgemeines Schuldrecht*), nos §§305 e seguintes.⁵⁶

Por fim, vale notar que as regras sobre as condições gerais dos contratos, desenvolvidas pelo Direito alemão, foram incorporadas pelo Direito europeu. Isso se deu por meio da Diretiva 93/13/CEE, a qual obrigou os membros da União Europeia a elaborar legislação com normas específicas sobre a proteção do consumidor, objetivando combater o abuso na utilização das condições gerais dos contratos.⁵⁷

5.2 A terminologia condições gerais dos contratos

Na literatura nacional boa parte dos doutrinadores de Direito Civil simplesmente ignora o fenômeno das condições gerais dos contratos.⁵⁸ Entre os

⁵² DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 80-81.

⁵³ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 36. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 42.

⁵⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 181.

⁵⁵ MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2012, p. 45.

⁵⁶ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 39.

⁵⁷ WEILER, Frank. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 121.

⁵⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 179.

juristas que se dedicam ao tema é possível verificar a existência de variações na terminologia utilizada. A maioria dos estudiosos prefere o uso da expressão condições, enquanto outra parte dos doutrinadores adere ao uso do vocábulo cláusulas.

Ocorre que o termo condição, tomado em sentido estrito, constitui uma disposição acessória ao negócio jurídico,⁵⁹ definida pelo art. 121 do Código Civil como “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Desse modo, as condições tratadas nesse estudo não constituem um evento futuro e incerto, não se encaixando na definição constante do art. 121, que “tem significado próprio e específico de elemento acidental do negócio jurídico”.⁶⁰ Em realidade, as condições gerais de contratação são um evento atual e certo, pois produzirão efeitos em cada contrato individual firmado.⁶¹

Não obstante a preferência pelo uso do termo condições gerais dos contratos, o que se dá particularmente nos países que falam português, espanhol e italiano, se considerarmos a técnica jurídica, não seria correto o uso dessa expressão.⁶² A confusão decorre da tradução do substantivo alemão *Bedingung*, que é utilizado no sentido de condição, como aquele previsto no art. 121, mas também tem o sentido de cláusula, como consta na AGBG.⁶³

A mesma dificuldade também é sentida pelos estudiosos italianos, uma vez que o Código Civil italiano adotou a expressão “*condizioni generali di contratto*” (art. 1.341),⁶⁴ bem como na Espanha, onde encontramos a “*Ley de Condiciones Generales de la Contratación de España*”, de 13 de abril de 1998.

No Brasil, a confusão conceitual e terminológica existe já há algum tempo, ficando evidente no título da obra de Orlando Gomes, pioneira sobre a matéria, de 1972: “Contrato de adesão: condições gerais dos contratos”.⁶⁵ Assim, no país a adoção do vocábulo condições gerais dos contratos contou com fundamental contribuição do trabalho de Orlando Gomes. Contudo, esse mesmo jurista, posteriormente, em sua obra sobre contratos, repudiou essa expressão, asseverando que tecnicamente não existe uma condição”.⁶⁶

⁵⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 348.

⁶⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 181.

⁶¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 124.

⁶² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 71.

⁶³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 181-182.

⁶⁴ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 504.

⁶⁵ GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, *passim*.

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 119.

Ainda acerca da problemática atinente ao melhor vocábulo a ser adotado e comprovando a existência de dissenso na doutrina, pontuam Rosa Nery e Nelson Nery Junior que é de “melhor alvitre acolher as críticas do Prof. Alcides Tomasetti Junior, da Universidade de São Paulo, e abandonamos o termo condições gerais dos contratos para adotarmos a locução cláusulas gerais dos contratos, de maior precisão científica”.⁶⁷ Esse também foi o entendimento seguido em Portugal, onde a legislação adotou a seguinte denominação: cláusulas contratuais gerais.⁶⁸

Todavia, se o vocábulo condição não é o mais adequado, também não se pode falar em cláusulas do próprio contrato,⁶⁹ pois não surgem de relações intersubjetivas, formando-se prévia e unilateralmente. É que a cláusula, termo técnico para designar qualquer disposição contratual, supõe o contrato, não podendo anteceder-lo.⁷⁰

Ademais, a escolha da expressão cláusulas gerais dos contratos, além de não corresponder à melhor técnica, pode gerar confusão com as chamadas cláusulas gerais. O mesmo não ocorrendo, entretanto, no idioma alemão, já que a condição (*Bedingung*) é uma expressão totalmente diversa da cláusula geral (*Generalklausel*).⁷¹

Desse modo, nenhum dos dois termos mencionados é perfeitamente adequado para a nomenclatura da matéria. Tanto a condição como a cláusula são vocábulos que se mostram inadequados. A despeito disso, apesar das dificuldades terminológicas apontadas, o fato é que, no Brasil, a prática está selando a preferência pela utilização da locução condições gerais dos contratos, adotada neste trabalho.

5.3 Natureza jurídica controversa

A natureza jurídica das condições gerais dos contratos é um dos problemas ainda não resolvidos pela Teoria do Direito. Discute-se se elas teriam natureza negocial, isto é, seriam compatíveis com o conteúdo contratual, ou se teriam natureza normativa,⁷² haja vista seu conteúdo semelhante ao de uma lei.

A tese que prevaleceu é a que considera que a força obrigatória das condições gerais decorre da própria contratação. Elas não são consideradas

⁶⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 182.

⁶⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 99.

⁶⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 71.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 124.

⁷¹ Sobre cláusulas gerais remetemos o leitor ao nosso artigo: A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região*, Brasília, v. 20, 2008.

⁷² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, cit., p. 342.

normas jurídicas gerais, mesmo porque sua constituição não decorre do processo legislativo previsto na Constituição. Assim, a utilização das condições faz parte da autonomia privada, sendo certo que sua eficácia está baseada na sua integração ao contrato.⁷³ É dizer: somente após a conclusão do contrato é que as condições passarão a obrigar o aderente, o que equivale a dizer que elas sempre buscarão fundamento em um negócio jurídico.⁷⁴

A despeito de terem origem na contratação, as condições não são negócios jurídicos bilaterais. Não se confundem com os contratos de adesão, que serão destinatários de sua integração, uma vez que são anteriores à sua constituição. Desse modo, no âmbito dos atos jurídicos em geral, apesar de não se adequarem perfeitamente a nenhuma das hipóteses, é certo que mais se aproximam do negócio jurídico unilateral, pois “vinculam juridicamente o predisponente ou utilizador, desde quando estes passam a utilizá-las e as tornam disponíveis para integração em cada contrato de adesão que for concluído”.⁷⁵

5.4 Características das condições gerais dos contratos

As condições gerais de contratação limitam a liberdade de organização do conteúdo dos contratos por parte daquele que assina um contrato de adesão.⁷⁶ Em função dessa limitação, apresentam determinadas características, dentre as quais é possível destacar: o preestabelecimento (ou preelaboração), a unilateralidade, a uniformidade, a compulsoriedade, a rigidez e a abstração.⁷⁷

Realmente, em face das necessidades da vida econômica moderna, as condições gerais de contratação são estipulações elaboradas unilateralmente (unilateralidade) por um dos futuros contratantes, isto é, não admitem, para sua existência, que tenha havido tratativas entre as partes para a sua elaboração, uma vez que são impostas de maneira unilateral pelo predisponente. Ainda, elas têm existência antes mesmo do início das tratativas ou da assinatura do contrato de adesão que irão regular, pelo que são preestabelecidas (preestabelecimento)⁷⁸ para uma pluralidade de contratos.⁷⁹

⁷³ GRÜNEBERG, Christian. BGB §§241-432. In: PALANDT, Otto (Coord.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2013, p. 419.

⁷⁴ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 42.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 123.

⁷⁶ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 39.

⁷⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 179.

⁷⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 179-180.

⁷⁹ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 40.

Destinam-se à integração nos contratos de modo uniforme (uniformidade), o que decorre da necessidade de planificação das atividades empresariais, visto que o procedimento de tratativas individuais para cada contrato é totalmente inviável e muito complicado quando se trata de contratos de massa, já que sua gestão seria extremamente árdua devido à heterogeneidade de conteúdos.⁸⁰ Por isso, não é possível a discussão ou alteração do conteúdo das condições gerais de contratação pela vontade do contratante, isto é, são rígidas (rigidez).⁸¹

Outrossim, à uniformidade também pode ser associada a abstração, visto que as condições são construídas de forma abstrata, semelhante a uma lei, contendo igualmente carga normativa. Assim, conforme entende parte da doutrina, teriam um valor semelhante aos usos normativos, haja vista sua difusão e constante repetição nos contratos da mesma espécie (abstração). Ademais, está-se diante de uma imposição feita na grande maioria das contratações na atualidade, podendo o contratante apenas aceitar ou rechaçar essas condições compulsórias (compulsoriedade).⁸²

Portanto, as condições gerais dos contratos são preestabelecidas unilateralmente, uniformes, compulsórias, rígidas e abstratas, o que justifica a existência de regulamentação jurídica autônoma para elas.⁸³

5.5 A interpretação *in dubio contra stipulatorem*

A interpretação da lei difere da interpretação do contrato, uma vez que a “aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato tem como fundamental a intenção comum das partes”. Todavia, em relação aos contratos de adesão, especialmente àqueles que adotam as condições gerais de contratação, não é possível a adoção da regra geral de hermenêutica contratual, a chamada interpretação subjetiva, voltada para o modelo contratual clássico, “que investiga a vontade ou a intenção comum, a partir da declaração”.⁸⁴

Exige-se, no que diz respeito aos contratos de adesão, uma interpretação objetiva, cuja finalidade não é o esclarecimento da vontade contratual, “mas a introduzir um significado hipotético à base de esquemas hipotéticos diante de vontades obscuras”.⁸⁵ Nesse contexto, um dos cânones da interpretação

⁸⁰ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 504.

⁸¹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 101.

⁸² DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 81.

⁸³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, cit., p. 101.

⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Interpretação do contrato. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). *10 anos de vigência do Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345, 350-351.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Interpretação do contrato, cit., p. 346.

objetiva é o favorecimento do aderente, normalmente um consumidor, que é presumidamente a parte mais fraca na relação jurídica.⁸⁶

Todavia, o uso dessa interpretação objetiva não significa dizer que deixaram de existir os princípios contratuais clássicos da autonomia da vontade, da força vinculante e da relatividade das convenções. Em verdade, esses princípios devem agora ser analisados sob uma diferente perspectiva, “delineada pelos valores constitucionais de solidariedade social e proteção de dignidade da pessoa humana”.⁸⁷

Outrossim, vale notar que a desigualdade e o desequilíbrio nas posições contratuais sempre existiram na sociedade de economia de mercado, não se trata de nenhuma novidade da sociedade contemporânea. Desse modo, não se pode dizer que esse problema interpretativo esteja fundado no desequilíbrio econômico, na hipossuficiência econômica. Em realidade, o que justifica a necessidade de uma interpretação particular é a vulnerabilidade jurídica do contratante, que se submete ao contrato de adesão e às condições gerais sem poder discutir as cláusulas da contratação.

Nessa senda, os contratos de adesão, em especial aqueles que contam com condições gerais de contratação, exigem uma interpretação típica, a chamada *interpretatio contra stipulatorem*, que consagra o caráter puramente objetivo da interpretação do contrato. Tal critério não “leva em conta qualquer outra intenção, vontade ou opinião que porventura se apresente aos contratantes, uma vez que é completamente indiferente”.⁸⁸

Assim sendo, não se pode procurar interpretar a vontade do aderente, conforme dispõe o art. 112 do Código Civil. É que a vontade do aderente não contribuiu para a elaboração das condições gerais de contratação e, no que toca ao contrato de adesão, a mesma só foi relevante para a aceitação e sujeição à disciplina contratual.⁸⁹

Diante dessas peculiaridades, a *interpretatio contra stipulatorem* vai se pautar nos seguintes aspectos: a) interpretação sempre contrária à parte que redigiu as cláusulas,⁹⁰ em particular se as cláusulas forem ambíguas, contraditórias

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. III, p. 50.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 388.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Interpretação do contrato*, cit., p. 350-351.

⁸⁹ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, cit., p. 345.

⁹⁰ O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Tal norma serve de fundamento legal para a interpretação a favor do aderente, no entanto, vale notar que no sistema do Código de Defesa do Consumidor essa interpretação é válida não somente para os contratos de adesão, mas também para eventuais cláusulas que foram individualmente acordadas (SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 251).

ou redigidas de forma a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance (art. 423); b) na hipótese de inserção de cláusula ao contrato, esta cláusula inserida deve prevalecer sobre as cláusulas predispostas,⁹¹ c) a interpretação deve estar pautada na boa-fé objetiva, no equilíbrio econômico e na função social do contrato.

Por conseguinte, pela regra da “*interpretatio contra stipulatorem*” é adotado o entendimento mais favorável ao vulnerável na interpretação dos contratos de adesão, incluindo aqueles que são integrados por condições gerais. Isso é viável porque nesse tipo de contratação é possível a elaboração de cálculos, o que permite a análise econômica das contratações, constituindo uma grande vantagem para os empresários. Dessa forma, as condições devem ser interpretadas restritivamente, sempre em favor do aderente, mas observando-se o equilíbrio contratual, a equivalência das prestações⁹² e a função social do contrato.

6 As condições gerais dos contratos no Direito brasileiro

A utilização das condições gerais dos contratos teve início quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, que sabidamente foi constituído sob a égide da teoria clássica contratual. Apesar da sua existência, essas condições eram então ignoradas pela codificação em vigor, que levava em conta a igualdade formal entre os contratantes.

Entretanto, não se pode negar que, antes da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, houve a regulação de alguns aspectos das condições gerais dos contratos, o que ocorreu por meio de leis especiais que tratavam de determinadas relações jurídicas negociais. Todavia, isso não significou a existência de um sistema organizado. O tratamento da matéria era esparso, lacunoso, casuístico e se dava pelo dirigismo contratual, no qual o conteúdo e as formas de conclusão de certos contratos eram predeterminados. Esse era o caso da promessa de compra e venda de imóveis.⁹³

Somente em 1990, com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, é que as condições gerais dos contratos foram implicitamente disciplinadas no Direito brasileiro, mas ficaram restritas, entretanto, ao âmbito de abrangência do consumidor. Foram contempladas, sem menção expressa, no Capítulo VI do Código de Defesa do Consumidor, denominado “Da proteção contratual”, atinente ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas.⁹⁴

⁹¹ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 505.

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Interpretação do contrato*, cit., p. 350-351.

⁹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 125.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 125.

O Código Civil de 2002, por sua vez, foi bastante econômico ao cuidar da matéria, reservando apenas dois artigos (arts. 423 e 424) ao tratamento do contrato de adesão, que foram colocados nas disposições gerais aplicáveis aos contratos.⁹⁵ Nesse contexto, preceitua o art. 423 que se no contrato de adesão houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.⁹⁶ Já o art. 424, por seu turno, evidenciou que são nulas, nos contratos de adesão, as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.⁹⁷

Com efeito, esses artigos estabelecem regras básicas sobre o contrato de adesão, que não são suficientes para abranger as complexas dimensões das condições gerais dos contratos. Por isso, pode-se afirmar que o Código Civil, nesse aspecto, surgiu em descompasso com o desenvolvimento das condições gerais dos contratos, o que certamente foi reflexo de seu demorado processo de aprovação. A despeito disso, Miguel Reale, um dos autores da codificação, justificou a avareza no tratamento da matéria, aduzindo que as disposições dos arts. 423 e 424 são bastante genéricas, seguindo o modelo aberto do Código Civil, que concede ao juiz a ampla possibilidade de encontrar uma solução mais justa.⁹⁸

Todavia, a prática mostrou o contrário, visto que mesmo nos ordenamentos jurídicos que contam com forte tradição jurisprudencial, o modelo aberto não respondeu adequadamente aos anseios sociais de proteção razoável do aderente. Isso pode ser notado, por exemplo, na Alemanha, que teve sua primeira lei sobre condições gerais de contração (AGBG) em vigor em 1977. O mesmo pôde ser visto em Portugal e na Espanha, que, diferentemente do Brasil, também optaram pela elaboração de leis próprias mais consistentes sobre as condições gerais de contratação.⁹⁹ Por isso, pode-se dizer que uma boa oportunidade para se legislar sobre o tema foi perdida na elaboração do Código Civil de 2002.

7 Controle das condições gerais dos contratos

O ordenamento jurídico nacional não toma uma postura radical, proibindo os contratos de adesão com condições gerais de contratação, o que representaria sério problema para a celeridade e agilidade das transações próprias da sociedade

⁹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 126.

⁹⁶ Art. 423 do Código Civil. “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁹⁷ Art. 424 do Código Civil. “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 126.

⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 126.

contemporânea, gerando mesmo um efeito negativo para o desenvolvimento econômico.¹⁰⁰

Apesar da sua permissão, é evidente que a defesa dos usuários e consumidores diante das condições gerais dos contratos é uma preocupação constante em todos os países, embora os métodos utilizados para tal proteção sejam bastante variados.¹⁰¹ As peculiaridades das condições gerais impõem soluções que ultrapassam o âmbito de interesses individuais das partes diretamente afetadas. É necessária a intervenção do Direito, de modo a controlar e inibir os abusos, refletindo a necessária coexistência entre o interesse público e o da empresa que as utiliza.

A patologia das condições gerais dos contratos se configura nas chamadas cláusulas abusivas, o que se dá quando são impostas contra a lei, contra a moral ou contra a ordem pública.¹⁰² Sua ilicitude, vertida em nulidade, resulta do desequilíbrio de direitos e obrigações decorrente do abuso do poder negocial, com outorga de vantagens excessivas para o predisponente e desvantagens desarrazoadas para o aderente.

Diante dessas dificuldades, o ordenamento jurídico brasileiro permite o controle das condições gerais dos contratos pela via administrativa ou judicial.

O controle administrativo é feito de forma prévia ou posterior.¹⁰³ Pode decorrer da instauração de inquérito civil, que permite uma composição extrajudicial, ou da fiscalização e adoção de providências no âmbito da Administração Pública.¹⁰⁴ Na última hipótese, isso vai suceder em relação às atividades que são fiscalizadas ou controladas, as quais devem, entre outras exigências, sujeitar as condições gerais de contratação à prévia aprovação das autoridades competentes,¹⁰⁵ como é o caso, por exemplo, do controle realizado pelas agências reguladoras.

Em todo caso, a existência de fiscalização e controle administrativo não significa que a aprovação administrativa imunizou as condições, outorgando-lhes vigência incondicional. Em realidade, mesmo se houver aprovação e vigilância por parte da Administração, é possível o recurso ao Poder Judiciário para tornar nulas as cláusulas contrárias ao hipossuficiente, as quais poderão ser total ou parcialmente extirpadas, devendo receber interpretação em conformidade com o direito vigente.¹⁰⁶

¹⁰⁰ TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, cit., p. 144.

¹⁰¹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 82.

¹⁰² DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 82.

¹⁰³ TORRES, Camilo Posada. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, cit., p. 145.

¹⁰⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*, cit., p. 186.

¹⁰⁵ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, cit., p. 241.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 81.

O controle judicial se dá por ações individuais ou coletivas, as últimas ajuizadas precipuamente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, que poderão levar à nulidade das cláusulas abusivas que implicarem, por exemplo, em renúncia a direitos, que violem a função social do contrato (art. 421) ou a boa-fé objetiva (art. 422).¹⁰⁷

8 O paradigma alemão

No final do século XX houve um movimento pregando que os códigos estavam progressivamente perdendo a centralidade no âmbito do Direito Privado. Tal concepção foi expressa por Natalino Irti, na obra *L'età della decodificazione*, a qual considerava a descodificação do Direito Civil, demonstrando o nascimento e desenvolvimento de microssistemas normativos governados por princípios próprios.¹⁰⁸

A despeito da ideia de descodificação, no início do século XXI observou-se justamente o contrário, ou seja, o retorno aos códigos civis de determinadas matérias que tinham sido absorvidas pelos microssistemas, o que incluiu as condições gerais dos contratos. O exemplo mais notável é o do BGB, que, como já foi mencionado, foi modificado pela Lei de Modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002.¹⁰⁹

A Lei de Modernização do Direito das Obrigações tinha como objetivo a incorporação ao Direito alemão das disposições da Diretiva 93/13/CEE, que cuidava das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, o que foi feito por meio da reformulação do texto dos §§305 a 310 do BGB.¹¹⁰ Porém, é importante observar que a integração da antiga AGBG ao BGB se deu sem grandes modificações no texto das regras da AGBG. É que as alterações feitas tinham apenas o objetivo de adequação do texto à reforma do Direito das Obrigações, o que permitiu o aproveitamento da jurisprudência criada anteriormente em torno da AGBG.¹¹¹

Entre as disposições integradas ao BGB, que se aplicam aos contratos em geral,¹¹² vale mencionar o §305, 1 (*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag*). Tal norma considera como condições gerais dos contratos as

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 131.

¹⁰⁸ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1989, *passim*.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., p. 127.

¹¹⁰ WEILER, Frank. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 123.

¹¹¹ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 39.

¹¹² WEILER, Frank. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 121.

que forem preestabelecidas para uma pluralidade de contratos, nos quais uma das partes (predisponente) apresente à outra para a conclusão do contrato,¹¹³ sendo irrelevante que elas apareçam separadamente, ou sejam introduzidas no instrumento contratual.¹¹⁴

Outrossim, a legislação alemã ainda dispõe que a integração ao contrato individual depende do efetivo cumprimento do dever de informar e de se ter assegurada a possibilidade de conhecimento de seu conteúdo ao aderente, o que abrange exigências relacionadas ao tamanho e à cor das letras, bem sua acessibilidade a pessoas deficientes¹¹⁵ (*Möglichkeit der Kenntnisnahme*).¹¹⁶ E não poderia ser diferente, pois em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, é necessário que o contraente, no momento da conclusão do contrato, tenha conhecimento das condições gerais de contratação ou possa ter condição de conhecê-las.¹¹⁷

Ademais, deve-se observar que os contratos de massa, que muitas vezes contam com condições gerais de contratação, ultrapassam os amplos limites do direito do consumidor, porque nem todos os aderentes são consumidores.¹¹⁸ E essa situação pode ser constatada, por exemplo, entre os contratos mercantis, como é o caso da franquia, que, por definição, “não pode fugir de cláusulas padronizadas, tendo em vista o interesse na formação de uma rede homogênea de franqueados”.¹¹⁹

Desse modo, é certo que no Direito brasileiro as condições gerais dos contratos não são inteiramente reguladas pela legislação do consumidor. Assim sendo, como elas não foram objeto de lei própria conjunta, que regulasse toda a matéria das condições gerais dos contratos, como foi feito pelo Direito alemão na mencionada reforma do BGB, faz-se necessária sua disciplina completa no Brasil, nos seus aspectos gerais de direito material.

¹¹³ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 39.

¹¹⁴ §305, 1, do BGB: “Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind”.

¹¹⁵ WEILER, Frank. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 124.

¹¹⁶ §305, 2, do BGB: “Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss: 1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und (...)”

¹¹⁷ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 505.

¹¹⁸ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, cit., p. 244.

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, cit., p. 76.

9 Considerações finais

Atualmente não podemos mais admitir, de forma acrítica, a estrutura contratual do século XIX, uma vez que a implementação da contratação na sociedade massificada se dá por intermédio do contrato de adesão, ao qual as condições gerais de contratação normalmente são integradas.

Diante disso, é certo que está havendo, na realidade fática do mundo pós-industrial, uma reformulação da teoria contratual, o que, para alguns, representaria até mesmo o surgimento de uma nova teoria contratual, como esclarece Tepedino.¹²⁰

Em todo caso, apesar das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002, a legislação disponível no Brasil ainda demanda reformas. É necessária uma melhor regulação das condições gerais de contratação no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorreu em muitos países europeus, como a Alemanha, que contam com disposições legislativas muito mais sólidas e avançadas para o tratamento da matéria.

Por conseguinte, tal reforma, nos moldes das legislações europeias, além de garantir maior previsibilidade na solução de problemas atinentes aos contratos de adesão e condições gerais de contratação, também facilitaria o trabalho dos magistrados, trazendo mais regras para a solução dos litígios, o que aumentaria a segurança jurídica.

Contracts in the mass society

Abstract: This article analyzes the contractual system in the mass society. It begins the studies from the liberal conception of contract, it goes through the model of the contractual dirigisme and arrives at the current system of contracting, dictated by the mass society. It emphasizes that the standard contracts, which are often accompanied by general contracting conditions, prevail in the mass society. It studies the protection of the standard contracts and general conditions of the contracts in the Brazilian Civil Code and Brazilian Code of Defense of the Consumer. Finally, it highlights the need for a revision of Brazilian legislation to improve the protection of contractors, pointing out that in many European countries, such as Germany, Portugal and Spain, this subject has much more structured legislation.

Keywords: Mass society; Standard contracts; General conditions of the contracts; Consumer protection.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, cit., p. 230. É importante ressaltar, entretanto, que Tepedino afirma que “não precisaríamos recorrer ao adjetivo novo para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática”.

Recebido em: 12.07.2017
1º parecer em: 19.07.2017
2º parecer em: 24.07.2017

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 75-98, out./dez. 2017.
