

A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE ADESÃO

*Anderson de Azevedo*⁵⁴

*Mateus Morbi da Silva*⁵⁵

RESUMO

O surgimento da sociedade de massas fez com que os ordenamentos jurídicos, até então fundamentados em uma concepção liberal, cedessem diante da pressão das transformações sociais que promoveram o desenvolvimento de novas formas de proteção dos indivíduos. O Direito do Consumidor surgiu, no século XX, com o propósito de defender o sujeito mais fragilizado da relação jurídica contratual, ofertando instrumentos legais que pudessem garantir a efetivação de seus direitos. Considerado sempre como vulnerável, ou seja, como a parte vulnerável da relação de consumo, o consumidor pode, por circunstâncias de caráter pessoal, ser considerado ainda mais debilitado e, portanto, estar mais suscetível de abusos no mercado de consumo. É a hipossuficiência, uma vulnerabilidade acentuada, que permite a utilização de instrumentos ainda mais contundentes de defesa do consumidor. O contrato de adesão é um modelo de instrumento que não permite a participação do consumidor na formação das regras da relação jurídica. O consumidor tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar os termos da contratação. Assim, pelo simples fato de ser parte em um contrato de adesão, o consumidor deve ser considerado como hipossuficiente, justificando a aplicação de diversos benefícios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: consumidor; contrato de adesão; hipossuficiência.

65

ABSTRACT

The emergence of mass society has made the legal system, so far based on a liberal conception, yielded under the pressure of social changes that promoted the development of new forms of protection of individuals. The Consumer Law emerged in the twentieth century, with the purpose of defending the more fragile subject of a legal contract, offering legal instruments that could guarantee the realization of their rights. Always felt vulnerable, that is, as the vulnerable part of the consumption, the consumer may, for personal circumstances, be considered further weakened and thus be more susceptible to abuses in the consumer market. It is the hipossuficiência, accentuated a vulnerability, which allows the use of instruments even stronger consumer protection. The membership contract is an instrument model that does not allow consumer participation in shaping the rules of the legal relationship. O consumidor tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar os termos da contratação. Assim, pelo simples fato de ser parte em um contrato de adesão, o consumidor deve ser considerado como hipossuficiente, justificando a aplicação de diversos benefícios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

KEYWORDS: consumer; user agreement; hipossuficiência.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. JUSTIFICATIVA E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. 3.

54 Advogado, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Professor de História do Direito e Direito das Relações de Consumo no Centro Universitário Filadélfia, Londrina, Paraná, Brasil – azevedo@advogadospr.com.br.

55 Advogado, Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – morbi@advogadospr.com.br.



O SISTEMA DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR. 4. A DISTINÇÃO ENTRE A “VULNERABILIDADE” E A “HIPOSSUFICIÊNCIA” DO CONSUMIDOR. 5. A CLÁUSULA DE ADESÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Um dos mecanismos mais comuns de contratação hoje, no âmbito das relações de consumo, é o contrato de adesão. Esse modelo de uniformização de relações jurídicas é o resultado, no plano contratual, de uma aguda transformação social, iniciada no século XX, e que ainda continua produzindo seus efeitos em tempos atuais.

O primeiro ordenamento jurídico brasileiro que tratou especificamente do contrato de adesão foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). O art. 54 foi dedicado exclusivamente a essa espécie de instrumento de relacionamento obrigacional, trazendo o conceito do contrato de adesão e algumas regras de caráter geral sobre o instituto.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não apenas inovou conceitualmente, mas introduziu uma nova teoria contratual, relativizando os princípios gerais contratuais erigidos ao tempo do positivismo novecentista.

Considerando o consumidor presumivelmente vulnerável, o CDC previu a possibilidade de uma forte intervenção de organismos estatais e paraestatais no sentido de tentar garantir um eventual (mas indispensável) reequilíbrio da relação contratual, notadamente porque os consumidores se apresentam fragilizados e desprotegidos em face de fornecedores de produtos e serviços.

66

Dessa situação desproporcional (do ponto de vista fático, econômico, técnico e informativo) surgiram as noções de vulnerabilidade e hipossuficiência: a primeira, um atributo de caráter universal (próprio da condição de consumidor); a segunda, uma condição de maior vulnerabilidade, evidenciada por particularidades concretas do consumidor, em vista de sua idade, saúde, parco conhecimento ou condição social.

Dessa distinção, surgem situações ainda mais favoráveis ao consumidor, como o direito básico à revisão contratual (Art. 6º, inciso V), a automaticidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor (Art. 6º, inciso VIII, CDC), a desconsideração da personalidade jurídica (Art. 28), maior facilidade para o reconhecimento de práticas comerciais abusivas (Art. 39, inciso IV), e a própria nulidade de cláusulas desfavoráveis quando restritiva de direitos (Art. 51, inciso IV e Art. 54, §4º).

Esse estudo objetiva demonstrar que o contrato de adesão, quando se propõe a regulamentar uma relação jurídica de consumo, acaba tornando o consumidor presumivelmente hipossuficiente, não por sua condição pessoal concreta, mas pelo simples fato de ser parte de uma relação jurídica contratual a qual simplesmente aderiu. Se o consumidor não exerceu papel algum na formação do contrato, nas regras que determinaram direitos e deveres entre as partes, deve, pois, ser compensado com a presunção de sua hipossuficiência, a justificar a aplicação, em seu favor, dos mais eficientes instrumentos de combate a abusos no mercado de consumo.

2. JUSTIFICATIVA E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O Direito, como um produto cultural, acompanha o desenvolvimento da sociedade. O desenvolvimento do sistema político e econômico capitalista, em escala mais agressiva a partir



do século XX, consolidou a massificação da produção de bens de consumo, a concentração urbana populacional com a formação de megalópoles, a virtualização das relações humanas pelo acesso à internet, a exploração desmedida dos recursos naturais, o agigantamento das desigualdades sociais, dentre outras significativas transformações sociais⁵⁶.

O surgimento do fenômeno da sociedade de massas que fez com que os ordenamentos jurídicos, até então fundamentados em uma concepção individualista e liberal, cedessem diante da pressão das transformações sociais que promoveram o desenvolvimento de novas formas de tutelas. Essa nova realidade jurídica exigiu do direito civil e do processo civil uma nova postura, para propiciar tutela a interesses que, por serem derivados de relações jurídicas concebidas no ambiente da sociedade de massas, contavam com pouca ou nenhuma proteção. Tornou-se imprescindível, então, que fossem repensados os pilares de teorias clássicas.

Segundo Cláudia Lima Marques (1992, p. 23) “(...) acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual”. E acrescenta Marques (1992, p. 23):

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é a vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.

67

O Direito e, portanto, o Estado deveria respeitar a força criadora da livre vontade manifestada. A igualdade e liberdade propugnadas nos textos constitucionais e transmitidas aos códigos civis e comerciais na seara política da democracia (mas, na violenta e perversa arena econômica do capitalismo liberal) contribuiu consideravelmente para a desigualdade social, e promoveu, juntamente com outros elementos sociais e econômicos, a formação das classes sociais⁵⁷.

No plano das relações jurídicas intersubjetivas, e mais especificamente no âmbito das obrigações e dos contratos, a doutrina do liberalismo econômico, baseada na livre movimentação de riquezas na sociedade, tinha como pressuposto a *liberdade contratual*, como forma de concretizar os seus desideratos e manter a sua força econômica no mercado.

56 Comentando os sistemas político, econômico, social, cultural e jurídico da atualidade, no Brasil, Campilongo (2011, p. 52) registra: “O sistema social passa por um processo de desintegração muito acentuado. A migração do campo para as cidades e a transformação de uma sociedade agrícola em industrial já são suficiente para romper vínculos, esgarçar identidades e enfraquecer os mecanismos informais de controle social.”

57 De acordo com Feijó (2007, p. 116) “o conceito de classe reveste-se de grande importância conceitual em diversas áreas do conhecimento científico, em especial para a história e a sociologia. A classe é um agrupamento social de pessoas com mesma posição na sociedade. (...) A polarização da sociedade nesses dois agrupamentos certamente tem importante uso analítico para diversos esquemas explicativos. Na análise histórica, ajuda a desvendar o significado do processo histórico, por exemplo, os conflitos trabalhistas da Inglaterra do século XIX, que chamaram a atenção de Marx. Na sociologia, a identificação de classes permite reconhecer valores e padrões de comportamento inerentes a determinados estratos sociais”.



Mas essa mesma liberdade de contratar gerou, como efeito colateral, o distanciamento social e econômico entre aqueles que forneciam e aqueles que adquiriam, de modo que a referida *liberdade* passou a ser considerada apenas no plano formal. De fato, ela desapareceu. Essa antítese é registrada por Paulo Bonavides (2004, p. 188), com as seguintes palavras:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política, como liberdade restritiva era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.

É nesse novo cenário político e econômico, que surgem os movimentos de defesa de interesses daqueles que se apresentaram como os sujeitos mais vulneráveis, desfavorecidos, fragilizados, incapacitados antes às superestruturais empresárias que se formaram no século XIX e XX, fruto da consolidação do modelo capitalista de produção. Iniciou-se, então, um processo de construção de engenhosos monumentos legislativos de tutelas específicas que possibilitaram, ao menos em tese, a intervenção do próprio Estado em favor desses “vulneráveis”, como forma de promover uma igualdade formal, à vista do manifesto descompasso econômico, técnico informativo e jurídico. Assim o foi também no âmbito contratual e, mais especificamente, nas relações de consumo.

3. O SISTEMA DE TUTELA DOS VULNERÁVEIS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

68

Os movimentos sociais, principalmente, a partir do século XIX, começaram a exigir a maior participação do Estado nas relações de índole privada. Até então pouco intervencionista e apenas preocupado em constituir as estruturas políticas fundantes da organização social, o ente estatal modelado pela política e economia liberais não se incumbiu de realizar no plano fenomênico a igualdade material prevista nos textos constitucionais e códigos, assolando o indivíduo no contexto do processo instituído pelo capitalismo.

A nova antítese política e econômica, derivada do enfrentamento doutrinário entre liberalismo e socialismo, produziu o Estado Social⁵⁸, com uma significativa redução do espaço da autonomia da vontade e da liberdade de estipulação. Junto às primeiras luzes do século XX, movimentos de reformas econômicas e políticas (alguns revolucionários) se proliferaram principalmente na Europa, com uma proposta de ação intervencionista ou dirigista do legislador, instituindo a possibilidade do Estado atuar incisivamente para recompor o equilíbrio que marcou definitivamente o enfrentamento das classes do século antecedente.

Surgiram, portanto, a partir desse paradigma definido pelo Estado Social, “novos direitos”, com autonomia científica e formulações principiológicas destacadas, a exemplo, do direito do trabalho, do direito previdenciário, do direito agrário, do direito das águas, do direito imobiliário, dentre outros. As relações jurídicas que eram inerentes ao direito civil, de índole eminentemente privada desde as concepções clássicas romanas, passaram a sofrer reformulações⁵⁹ e, extraídas de legislações privatistas, passaram a compor microsistemas

58 Para Nelson Saldanha (1987, pp. 67 e 68): “(...) o termo ‘social’ corresponde ao conteúdo e ao alcance da ação estatal, mais extensa do que a do Estado liberal. Uma ação expressa através de programas e de planejamentos que implicavam – vimo-la – uma inconfundível ampliação do governo e do Poder Executivo, tanto nos regimes reconhecidamente ditatoriais quanto em certas democracias onde o capitalismo persiste, mas remodelado pelo intervencionismo governamental.”

59 Sob essa perspectiva, institutos como propriedade, obrigações, contratos, família, abandonaram o vínculo puramente associativo, de marcante soberania da vontade individual, e passaram a ser concebidos segundo as limitações de suas correspondentes funções sociais. As



jurídicos. Conforme leciona Azevedo (2009, p. 35)

A origem do direito do consumidor está associada, assim, à necessidade de se corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade de produção e consumo massificados. Com efeito, o sistema de produção em série está baseado no planejamento dessa produção pelos fornecedores, o que torna estes sujeitos mais fortes do que os consumidores, pois, além do poder econômico, detém ainda os dados (as informações) a respeito dos bens que produzem e comercializam.

Em verdade, nesse momento histórico percebeu-se a existência de uma relação jurídica de consumo, distinta da relação jurídica de índole eminentemente civil, e ainda diferente da relação jurídica mercantil. Uma relação em que há um perene desequilíbrio econômico-jurídico e técnico-informativo entre os agentes participantes do vínculo associativo (fornecedor e consumidor). Percebeu-se, ainda, que esse disparate acentuou-se enormemente com a consolidação da massificação do processo produtivo e a consolidação da sociedade de massas

É, pois, em busca dessa “reumanização”, em um cenário econômico e sócio-tecnológico de “maquinização”, que surge o direito das relações de consumo, a partir da década de 60, do século XX, com a concepção de um indivíduo, sujeito de direitos e deveres, denominado consumidor, e outro, igualmente sujeito de direitos e deveres, denominado fornecedor. Esse sujeito, fenomenicamente hipersuficiente, tecnicamente mais informado, economicamente mais avantajado, juridicamente mais preparado, deveria ser contido em seus excessos, por intermédio de mecanismos legais, de ações políticas, ou seja, da participação do próprio Estado.

O Estado passou a atuar entre os contratantes, portanto, legislando preventivamente para garantir uma harmonia nas relações jurídicas materiais concretas e atuando judiciariamente para compor os naturais, recorrentes e excessivamente numerosos conflitos decorrentes da dinâmica das relações de consumo. Através de seus organismos, os entes públicos passaram a tentar promover a equivalência, a equiparação, o reequilíbrio formal entre os sujeitos, em face de relações jurídicas em que as partes se posicionavam em desigualdade manifesta. De um lado o consumidor, presumivelmente fragilizado; de outro o fornecedor, hipersuficiente.

A Organização das Nações Unidas (ONU), já em 1.969, indicava a sua pretensão em regulamentar as relações de consumo quando, na Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social (Resolução 2.542/69), dispondo expressamente sobre a necessidade de proteção do consumidor. E com o propósito específico de orientar os países membros, a ONU, posteriormente, aprovou a Resolução 39/248, em 16 de abril de 1.985, reconhecendo expressamente que os consumidores se encontram em situação de significativo desequilíbrio em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.

Acudindo a essa orientação, o Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico, em 1.988, as primeiras disposições legais voltadas à proteção e defesa do consumidor. Três dispositivos foram inseridos na Constituição Federal: o art. 5º, inciso XXXII; o art. 24, inciso VIII; e o art. 170, inciso V. O primeiro revela a índole garantista da proteção constitucional; o segundo, denota uma perspectiva federalista do sistema de proteção ao consumidor; e o terceiro, transpassa a importância econômica dessa modalidade de tutela.

O art. 5º, da Constituição Federal, que se constitui na declaração brasileira de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, determinou, em seu inciso XXXII (Brasil,

relações intersubjetivas desses segmentos jurídicos passaram a contar, portanto, com a supervisão e com a chancela estatal, a expurgar os excessos derivados da liberdade das estipulações e autonomia das vontades.



2011), que “o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”. Foi um posicionamento decisivo, tanto do ponto de vista normativo quanto político⁶⁰.

Finalmente, em 11 de setembro de 1990 foi promulgada a Lei 8.078/90, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aliás, a ementa da Lei Federal 8.078/90 (que realça o objeto da espécie normativa) está assim registrada: “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”⁶¹. Ou seja, o legislador foi enfático em determinar a tutela do sujeito mais vulnerável da relação jurídica.

A tutela do Estado não se volta, pois, à proteção de todos os sujeitos da relação jurídica, ou à própria relação jurídica. A tutela é personalizada; a proteção é específica à pessoa do consumidor, considerado vulnerável do ponto de vista técnico, informativo, econômico e jurídico. Isto é, o Estado se posicionou ideologicamente afirmando textualmente que o Código deve servir de instrumento para o combate contra os abusos praticados no mercado de consumo, em prejuízo desse referido sujeito.

4. A DISTINÇÃO ENTRE A “VULNERABILIDADE” E A “HIPOSSUFICIÊNCIA” DO CONSUMIDOR

O inciso I, do artigo 4º do Código de defesa do consumidor estabelece como um dos princípios orientadores o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Por tal fato a vulnerabilidade do consumidor é uma norma cogente que deve ser observada nas relações de consumo.

Há que considerar que vulnerabilidade não pode ser confundida com hipossuficiência, isso porque a primeira é mais ampla que a segunda, pode-se dizer que enquanto vulnerabilidade é gênero hipossuficiência é espécie.

70

A vulnerabilidade pode deve ser entendida com uma característica universal a todos os consumidores, quer sejam ricos, pobres, educados, ignorantes, crédulos ou todos aqueles que se enquadram na condição de consumidores, são vulneráveis, sendo que tal fato é o que justifica inclusive a existência do próprio Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina estabelece diversas subdivisões da vulnerabilidade, das quais podem se elencar quatro espécies quais sejam técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica diz respeito ao fato de o consumidor não possuir conhecimento específico acerca do processo produtivo; o consumidor não possui os conhecimentos sobre os meios que são utilizados para a produção de bens ou fornecimento de serviços. Tal condição acarreta na possibilidade de o consumidor poder ser facilmente enganado no que tange a especificidade e utilidade do produto ou serviço colocados à sua disposição no mercado.

A vulnerabilidade jurídica resulta da carência de conhecimento jurídico do consumidor, a falta de informação acerca de seus direitos, inclusive no que tange a reclamar ou a quem recorrer, falta de assistência jurídica, tanto em juízo quanto fora dele, bem como a dificuldade de acesso à justiça e a impossibilidade de poder aguardar o demorado trâmite de um processo judicial. Isto é, os fornecedores passaram a controlar setores jurídicos, dificultando ainda mais ainda a condição do consumidor em eventual disputa.

A vulnerabilidade fática, também chamada de socioeconômica, decorre da discrepância

60 O legislador constituinte brasileiro inseriu a determinação do Estado de proteger o consumidor no núcleo intangível da Carta Maior; insculpiu uma norma princípio, e alicerçou solidamente o sistema de proteção do sujeito vulnerável na base estrutural da Constituição Federal de 1988, promovendo o próprio Estado como o seu primeiro e mais forte defensor.

61 O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, dispôs expressamente que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. A ordem constitucional foi cumprida. Em parte. O Código foi promulgado, mas com atraso de aproximadamente dois anos.



entre a capacidade econômica do consumidor e do fornecedor de modo que resta caracterizada a superioridade do fornecedor sobre o consumidor.

Por fim, resta a vulnerabilidade informacional, sendo que está se dá em razão do fornecer ser o mantenedor das informações acerca do produto ou serviço frente ao consumidor.

O grande ponto, a saber, sobre a vulnerabilidade é, ao mesmo tempo, uma constatação e afirmação legal. Basta ser consumidor para ser vulnerável. Diferentemente da vulnerabilidade, que trata de uma condição ampla, a hipossuficiência trata de uma situação específica, sendo que para a sua caracterização é necessária a indicação de uma situação de superioridade do fornecedor que venha a reduzir ainda mais a capacidade de informação, de participação, e de conhecimentos técnicos ou recursos econômicos do consumidor.

Em síntese, o que deve se atentar é para a diferenciação existente entre a vulnerabilidade e hipossuficiência. A primeira é uma condição existente a todos os consumidores pelo simples fato de se enquadrar na condição de consumidor. Já a segunda não pode ser generalizada devendo ser analisada em cada caso concreto e somente deve ser aplicada quando houver uma superioridade entre o fornecedor e o consumidor.

Costuma-se relacionar a condição de hipossuficiência do consumidor apenas em razão da sua condição econômica ser fraca ou por não ter conhecimento sobre a validade das cláusulas, por não ser autossuficiente, contudo tal atribuição restritiva não condiz com a realidade. Isso decorre do fato de que ao se considerar a hipossuficiência do consumidor apenas pelo fato de este ser economicamente inferior frente ao fornecedor. Esse posicionamento é bastante restritivo, já que não é incomum encontrar consumidores com capacidade econômica superior ao fornecedor. Conforme se extrai do pensamento de José Geraldo Brito Filomeno (2004, p.149):

A noção de hipossuficiência, por outro lado, é-nos dada pelo parágrafo único do art. 2 da Lei nº 1.060, de 5.2.50, como sinonímia de necessidade, a saber: 'Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.'

71

Ora, o desconhecimento do conteúdo de cláusulas contratuais é também um fator de desqualificação do consumidor. Se um contrato se encontra permeado de irregularidades, impondo ao consumidor excessivo ônus da relação jurídica, sem o seu conhecimento, é óbvio que tal situação o coloca em uma posição de excessiva vulnerabilidade. Basta questionar: se o consumidor efetivamente soubesse de seus deveres, ainda assim, contrataria? Se a resposta for negativa, se percebe, claramente, o flagrante desequilíbrio da relação contratual.

Por este motivo não se pode fazer uma análise meramente restritiva da condição de hipossuficiência do consumidor, mas essa qualificação (na verdade, desqualificação) deve ser analisada sob um enfoque genérico, de o consumidor que se encontra concretamente, em uma posição de manifesta inferioridade frente ao fornecedor. Enfim, a análise de hipossuficiência do consumidor não pode apenas se basear na condição financeira do consumidor, mas da posição de inferioridade que a relação de consumo o tenha colocado ante o fornecedor.

Em regra, a hipossuficiência somente pode ser aferida ante uma relação de consumo concreta em que se configure uma situação de flagrante desequilíbrio em detrimento do consumidor. São as circunstâncias pessoais do consumidor que atribuem ao consumidor a condição de vulnerabilidade acentuada. A declaração de hipossuficiência do consumidor nada mais é do que assegurar o direito à isonomia, previsto na Constituição Federal de 1988,



como forma de reequilibrar, do ponto de vista jurídico e material, a relação entre fornecedor-consumidor.

Contudo, as essa situação pessoal nem precisa ser cotejada, porque o próprio *modus operandi* do fornecedor quando cria as relações jurídicas contratuais por adesão, revelam, presumivelmente, o seu excesso de poder quando comparado ao consumidor. É dizer, nos contratos de adesão a condição de hipossuficiência do consumidor é presumida, não em face de suas particularidades pessoais, mas em face da própria maneira como a relação jurídica contratual se constitui e se deflagra.

5. A CLÁUSULA DE ADESÃO E A HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA DO CONSUMIDOR

A modernização dos processos de industrialização de produtos e de serviços promoveu também a massificação das relações contratuais. Antes desse momento histórico, a concepção do vínculo contratual entre as partes estava centrada na livre vontade das partes como o elemento formador da relação entre as partes, de maneira que tal elemento era tido como fonte única de legitimação para o nascimento dos direitos e obrigações na relação contratual.

Ocorre que a relativização da livre vontade das partes e a massificação das relações contratuais desencadearam uma crise na antiga teoria contratual, pois esta já não se enquadrava mais à celeridade exigida pela sociedade de consumo: surgiram os contratos de adesão.

Por esta modalidade contratual todo o conteúdo das cláusulas passou a ser preestabelecido por uma das partes (fornecedor), cumprindo à outra parte (consumidor), tão somente, aceitar ou não o que lhe está sendo ditado como regra de comportamento, sem qualquer possibilidade de modificação das cláusulas. Na melhor das hipóteses, ao consumidor é dado o direito de recusar o contrato e procurar outro fornecedor.

72

Dentre muitas definições sobre essa modalidade de instrumento de contratação, se destaca a apresentada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 54, segundo o qual 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”.

Comentando o termo “adesão” Rizzatto Nunes (2009, p. 619) leciona:

O produto e/ou serviço são oferecidos acompanhados do contrato. Com isso, o consumidor, para estabelecer a relação jurídica com o fornecedor, tem de assiná-lo, aderindo a seu conteúdo. Daí se falar em contrato de adesão.(...) o uso do termo adesão não significa manifestação de vontade ou decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais. No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar em *pacta sunt servanda* na adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor (...).

Há que se fazer uma diferenciação entre contratos de adesão e contratos que são condições gerais, isso porque os segundos também são pré elaborados, mas a lista das cláusulas a que ele está sujeito não estão inseridas no contrato; isso se deve ao fato de que as condições gerais



de determinado fornecedor podem estar afixadas no seu estabelecimento, constituírem um anexo ao instrumento, ou em razão de o contrato ter sido verbal. Como exemplo de contratos submetidos às condições gerais, pode-se citar os contratos de transporte, em que as condições gerais estão afixadas no estabelecimento do fornecedor e também nos veículos, de modo que o consumidor ao entrar no veículo tem ciência das condições gerais a que esta se sujeitando.

Os contratos submetidos às condições gerais exemplificados no entendimento de Cláudia Lima Marques (2011):

Entende-se como contratos submetidos a condições gerais aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.”

Portanto, nos contratos com condições gerais, ainda que as cláusulas já tenham sido anteriormente elaboradas pelo fornecedor, cabe ao consumidor delimitar quais delas que farão parte de seu contrato. Diferentemente, no contrato de adesão não existe qualquer brecha para negociações restando apenas uma escolha, aceitar ou não as condições impostas.

No atual mercado de consumo em que o prevalece é a celeridade, estas novas técnicas de negociação são indispensáveis para a manutenção da efetividade deste sistema, de maneira que não há como retroceder este processo e eliminar esse modelo de contratação, porque trazem evidentes vantagens para os fornecedores em razão da celeridade que a ausência de negociação impõe ao mercado de consumo.

Contudo, não se pode esquecer que tais contratos, apesar de serem essenciais no atual mercado de consumo, trazem insegurança aos consumidores, por serem extremamente técnicos e complexos, o que dificulta tanto o entendimento das cláusulas contratuais como também a manifestação livre e consciente da vontade do consumidor. Em que pese o art. 54, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, prever que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”, a linguagem técnica e prolixa desses instrumentos contratuais favorecem a sua não compreensão.

E é exatamente nesse momento que se materializa a condição de vulnerabilidade do consumidor. A impossibilidade do consumidor ter a exata compreensão das disposições contratuais e, portanto, ter ciência das regras que nortearão a futura relação jurídica de consumo, já previamente estabelecidas pelo fornecedor a partir de sua experiência negocial, faz com que a condição de vulnerabilidade do consumidor se acentue ainda mais, qualificando-o como “hipossuficiente”.

E, conforme já exposto anteriormente, não se mostra possível considerar a noção de hipossuficiência apenas em razão do caráter econômico, uma vez que em algumas hipóteses há de se verificar consumidores com capacidade econômica até superior ao próprio fornecedor, mas tecnicamente, informalmente e juridicamente alienados em relação à relação jurídica contratual descrita no instrumento que se lhe apresenta.

O consumidor que se apresenta em frente a um contrato previamente elaborado, e que não tem a oportunidade de negociar qualquer tipo de cláusula ou condição, apenas aceitar ou não os termos que estão lhe sendo impostos, está em óbvia situação de fragilidade, independentemente do poder econômico que possui.

A situação de superioridade do fornecedor se revela pelo conhecimento que possui dos



bens e serviços que está inserindo no mercado de consumo, pela sua experiência no mercado de consumo, que influenciaram determinantemente a constituição daquelas regras.

A posição que o fornecedor se apresenta frente ao consumidor é de entregar em suas mãos um contrato imutável ofertar duas opções: aceitar ou não aceitar. Independentemente de o consumidor ser rico ou pobre a imposição é mesma, as opções são as mesmas, as regras idênticas. Considerar hipossuficiente apenas aquele consumidor considerável pobre, coloca em cheque toda a Política Nacional das Relações de Consumo, pois nenhuma diferença há entre o consumidor pobre e o consumidor tido como rico, no plano relacional, pois frente a um contrato de adesão todos estarão fragilizados em relação ao fornecedor, já que não podem realizar qualquer alteração nos textos dos contratos que lhe são apresentados.

Estando diante de um contrato de adesão a hipossuficiência do consumidor não se dá em razão de falta de conhecimento técnico, jurídico, poder aquisitivo ou pelo monopólio de informações sobre o produto/serviço pelo fornecedor, mas pelo simples fato de que o consumidor não poder exercer a sua livre manifestação de vontade. Não há liberdade para contratar, senão apenas a de se dizer *sim* ou *não*.

E o efeito prático da qualificação do consumidor como hipossuficiente presumível será a possibilidade de uma atuação ainda mais interventiva dos organismos de proteção e defesa do consumidor e do próprio Estado. Ora, o reconhecimento dessa fragilidade acentuada do consumidor, por si só autoriza:

- a) a revisão contratual em favor do consumidor, em face da presumida desproporcionalidade das cláusulas contratuais, conforme previsto como direito básico, constante do Art. 6º, inciso V, do CDC;
- b) a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, obrigando o fornecedor a desconstituir em juízo as simples alegações do consumidor acerca da violação de seus direitos, conforme previsto no Art. 6º, inciso VIII, do CDC;
- c) a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, em face do excesso de poder que presumivelmente exerceu em detrimento do consumidor, quando do momento da elaboração do contrato e da inserção de cláusulas que o prejudicaram durante a vigência da relação jurídica (Art. 28, caput, do CDC);
- d) a possibilidade do reconhecimento de que, eventuais obrigações ou renúncias de direitos do consumidor constantes do contrato de adesão constituem-se prática abusivas, e podem ser desconsideradas em favor do hipossuficiente, no momento de um conflito judicial, com fundamento no Art. 39, inciso IV, do CDC;
- e) a possibilidade de declaração ex officio pelo magistrado da nulidade de cláusulas gerais e abstratas que prevejam obrigações desproporcionais constantes do contrato de adesão, e que estejam influenciando de modo determinante a relação jurídica originariamente estabelecida entre as partes (Art. 51, inciso IV, do CDC).
- f) a possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas que

não forem redigidas com destaque e ostensividade e, ao mesmo tempo, implicarem em limitação de direito do consumidor, como está disposto expressamente no Art. 54, parágrafo 4º, do CDC.

6. CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes instrumentos de tutela de vulneráveis do ordenamento jurídico brasileiro. Mas algumas de suas mais eficientes armas só podem ser usadas quando, no caso concreto, o consumidor se apresenta ainda mais fragilizado, em razão de deficiências pessoais que o coloquem na condição de uma vulnerabilidade acentuada.

O contrato de adesão, justamente por não ofertar ao consumidor a opção de participar da formação das regras da relação jurídica obrigacional, faz presumir a sua hipossuficiência e o promove à condição de maior fragilidade, exigindo uma intervenção mais aguda e favorável do Estado em seu favor.

Essa proposta visa atender ao comando constitucional de que o Estado promoverá a defesa do consumidor (Art. 5º, inciso XXXII, C/88), e do próprio Código, quando preceitua que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, com a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (Art. 4º, *caput* e inciso VI, do CDC).

Enfim, é mais uma forma de concretização de um projeto muito mais abrangente, tutelar, interventivo, que nasceu das próprias transformações sociais, políticas e econômicas vividas nas últimas décadas, e que precisar se confirmar fenomenicamente para justificar a isonomia material, indispensável à teoria dos contratos em todo o mundo.

75

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Fernando Costa de. *Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- FEIJÓ, Ricardo. *Desenvolvimento econômico: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes*. In: MARQUES, Claudia



Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Volume 2, p. 431-461.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentário ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. *O ônus da prova no Código do Consumidor*. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Volume 6, p. 515-526.