



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Liberdade de Contratar nas Relações de Consumo

Mônica Pedrosa de Almeida

Rio de Janeiro
2011

MÔNICA PEDROSA DE ALMEIDA

A Liberdade de Contratar nas Relações de Consumo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2011

A LIBERDADE DE CONTRATAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Mônica Pedrosa de Almeida

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Servidora Pública.

Resumo: O trabalho aborda a transformação ocorrida no direito dos contratos, como reflexo do crescimento da civilização moderna, da massificação das relações de consumo, que passou a merecer especial proteção política e econômica do Estado, face ao abuso advindo da desigualdade econômica entre as partes contratantes, fazendo com que regras especiais fossem destinadas à proteção dos mais fracos. A liberdade de contratar, o consensualismo, sofreu mitigação em benefício da ordem pública, da função social do contrato. A proposta, veiculada através de propagandas e campanhas de adesão, passaram a ser informadas pelo princípio da vinculação, de modo que para o proponente, o fornecedor de produtos e serviços de consumo, a recusa em contratar somente se afigura legítima quando por motivo justo. Desse modo, o presente artigo procura demonstrar quais os critérios deve valer-se o fornecedor para que sua recusa seja considerada legítima.

Palavras-Chaves: Contratos. Adesão. Liberdade de Contratar. Mitigação.

Sumário: Introdução. 1. A Transformação dos Contratos. - 2. A Redução da Liberdade de Contratar Frente à Ordem Pública. 3. O Justo Motivo para a Recusa da Contratação. Critérios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a temática da liberdade de contratar nas relações de consumo. Para tanto, toma em consideração a transformação ocorrida no direito dos contratos, que seguia a lógica do Estado liberal burguês, com fundamento na autonomia da vontade (consensualismo), liberdade de contratar e força obrigatória dos contratos.

O crescimento da civilização moderna, a evolução da vida econômica da sociedade, a revolução tecnológica, importou na proliferação de relações contratuais generalizadas, o que atualmente denomina-se relações de consumo.

A massificação do consumo conduziu à massificação das contratações. A discussão de cada uma das cláusulas do contrato entre proponente e o proposto já não se fazia mais possível. Para atender ao dinamismo das negociações, o fornecedor passou a apresentar ao consumidor um contrato pré-estabelecido, com cláusulas predeterminadas, que acarretou, por óbvio, seu fortalecimento frente a esse, que ficou em situação de desvantagem, de hipossuficiência, pois perdeu a possibilidade de intervir, determinar suas cláusulas.

O mundo globalizado, com a economia em série e em larga escala, não mais permitia que as relações negociais, marcadas pelo dinamismo, fossem precedidas de discussões e tratativas acerca das cláusulas do contrato a ser firmado. A viabilização da atividade econômica somente se faria possível mediante a compatibilização da dinâmica de contratar com a eficiência de contratar. Estava inaugurada a perspectiva neoliberal de consumo e consumismo.

Nesse contexto, o contrato de adesão surge como técnica de formação contratual que se contrapõe à utilizada no contrato paritário. Neste, os contratantes estão em iguais condições de negociação e podem estabelecer livremente as cláusulas. Naquele, somente uma das partes determina quais as cláusulas serão observadas no contrato, sem que haja ao aderente qualquer possibilidade de negociação.

Os contratos de adesão são típicos da relação de consumo, onde de um lado identifica-se o fornecedor que, como dito acima, é a parte mais forte da relação econômica, e por consequência, da relação contratual. De outro lado, está o consumidor. Por se tratar de contrato caracterizado pela uniformidade, predeterminação unilateral, rigidez de suas cláusulas, em que uma das partes se mantém em posição de vantagem material, ao consumidor só cabe adotar um de dois comportamentos. Ou bem adere ao contrato, nos moldes do que lhe está sendo proposto, ou bem não haverá contratação. Assim é que passou a ser instrumento por excelência das relações de consumo, onde há pluralidade de situações

uniformes. Pensado para cumprir uma função social – a de servir como veículo de circulação de riquezas – e atender às negociações em massa nas relações de consumo, o contrato de adesão é o contrato padronizado, impessoal, pois somente interessa o resultado da atividade contratada, pois pouco importa a pessoa que irá realizá-la.

E sendo impessoal o contrato, desde que haja igualdade fática entre aqueles que pretendem aderir ao contrato de adesão, o fornecedor estará obrigado a observar o princípio da igualdade, princípio constitucional que deve ser também observado nas relações privadas, horizontais, porque sendo a igualdade um direito fundamental, seu efeito irradia sobre todo o ordenamento, vinculando direta ou indiretamente os particulares, em prestígio à supremacia constitucional.

Deste modo, a recusa da contratação pelo fornecedor não pode encontrar justificativa pura e simples na liberdade de contratar, na autonomia da vontade, por configurar ofensa aos princípios da igualdade, da função social do contrato e boa-fé objetiva.

Se os consumidores têm liberdade reduzida para a estipulação das cláusulas do contrato de adesão, os fornecedores, por sua vez, têm liberdade reduzida para a recusa da contratação nos moldes dos contratos que oferecem indistintamente ao público.

Nos contratos de adesão, a mitigação da liberdade de contratar não é somente do consumidor, vulnerável, mas também do fornecedor, que está em atividade de oferta permanente, que deve pautar sua atuação no momento da contratação em critérios objetivos.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a massificação das relações de consumo, o contrato de adesão e suas condições gerais, liberdade de contratar do fornecedor e do consumidor e a recusa injustificada da contratação e suas consequências. A metodologia será pautada no método bibliográfico e qualitativo.

Ao final, resta saber em quais hipóteses, objetivamente consideradas, o fornecedor poderá recusar, de forma legítima, a contratação ao consumidor.

1. MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E TRANSFORMAÇÃO DOS CONTRATOS.

A teoria tradicional do contrato, marcada pela influência do liberalismo do final do século XIX e início do século XX, erigiu-se sob a égide do individualismo, pois tinha como pilares a autonomia da vontade e a propriedade privada. Todavia, essa concepção veio a sofrer gradativo declínio a partir da revolução industrial, que impulsionou a migração do homem do campo para os grandes centros urbanos, o que viabilizou sobremaneira a formação dos conglomerados populacionais.

O crescimento da população, e via de consequência de suas necessidades, como a de vestuário, alimentação, locomoção, educação, lazer e informação, conduziu à massificação das relações de consumo, como medida de viabilização da vida na sociedade moderna. O modelo tradicional de contrato, onde era dado aos contratantes ajustar as bases do negócio, passou a ser menos comum. A nova concepção de contrato passou a ser marcada pela impessoalidade e dinamismo¹.

Dentro dessa nova ordem de coisas, os contratos de adesão assumiram especial destaque, e passaram a ser denominados pela doutrina como contratos *stander*, ou seja, contratos padronizados.

Na lição da renomada autora Cláudia Lima Marques²:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 71.

² *Ibidem*, p. 53.

Infelizmente, o cotidiano forense passou a demonstrar que o contrato de adesão, no âmbito do direito do consumidor, precisava de rígidos regramentos, pois eram muitas as situações em que, na formação contratual, as cláusulas impostas eram abusivas, desfavorecendo, e muito, a parte mais fraca da relação contratual.

Ao analisar esse fenômeno, o notável civilista Orlando Gomes³ observou que os processos de formação dos contratos de adesão propiciavam abusos e manipulações por parte de quem traçava suas condições gerais. Analisou que era muito comum o fornecedor ultrapassar a esfera da autonomia privada, para, ao invés de conferir o equilíbrio necessário às aspirações do aderente-contratante, iludi-lo, frustrá-lo em seus anseios de proteção no momento angustiante que tinha de valer-se do que havia sido pactuado.

E concluiu que a nocividade do contrato de adesão residia no abuso desta técnica de contratação mais que propriamente à sua dinâmica.

Não foi por outra razão que a intervenção do Estado se fez necessária, como forma de assegurar a manutenção e equilíbrio das relações contratuais, sobretudo porque sua a incumbência de proteger o mais fraco na relação jurídica, o hipossuficiente, dos riscos patrimoniais e/ou morais, decorrentes das relações de consumo.

E foi justamente a constatação da reiterada abusividade na redação dessas cláusulas contratuais, que levou à aprovação do Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90, como expressão do dirigismo legislativo nas relações contratuais de adesão. A tentativa que se fez foi o de limitar o abuso de cláusulas iníquas, abusivas, que colocassem o consumidor, agora reconhecidamente vulnerável, em desvantagem exagerada. Assim, se por um lado a liberdade contratual do consumidor passou a sofrer limitações em decorrência da aceitação de cláusulas pré-estabelecidas nos contratos de adesão, com o advento da legislação

³ GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão*. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: RT, 1982, p. 106.

protecionista, a vontade do fornecedor também passou a sofrer limitações, que passou a ser coibido na prática de impor cláusulas contratuais que somente tinham por finalidade o seu único ganho.

A experiência revela que a imaginação do fornecedor para ludibriar o consumidor, para com isso obter vantagens, parece não ter mais limites. Recentemente, entrou em vigor a Lei n. 11.785/2008, que alterou o art. 54, §3º, do CDC, referente aos contratos de adesão, para estabelecer o tamanho mínimo da letra de referidos contratos.

A redação anterior do dispositivo não fazia qualquer exigência acerca do tamanho das letras em cláusulas contratuais desta espécie. Aproveitando-se da brecha legal, fugindo do que se espera razoável do contratante de boa-fé, os fornecedores faziam inserir letras minúsculas ou quase ilegíveis nos contratos, principalmente as das cláusulas que tratavam de obrigações e/ou restrições de direitos dos consumidores – em muitos casos, tais letras só poderiam ser visualizadas com o auxílio de lupa. Por isso, é oportuna e tempestiva a modificação introduzida no referido art. 54 do CDC, determinando a fornecedores de produtos e serviços a observância do *tamanho da fonte*, o que *significa dizer tamanho da letra* – este, no mínimo, que utilizamos no presente artigo.

A redação atual é expressa: “*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 esse respeito, Leonardo de Medeiros Garcia⁴ fez clara e consistente crítica:

A única crítica ao dispositivo é no sentido de que o legislador perdeu a oportunidade de estabelecer o tipo de fonte (*Times New Roman, Arial, Verdana* etc.) e não somente o tamanho (corpo 12). Isso porque o “corpo 12” apresenta tamanhos diferentes dependendo da fonte.

Assim, o fornecedor pode “respeitar literalmente a lei”, mas continuar inserindo letras minúsculas nos contratos. Basta escolher uma fonte que tenha corpo 12 que seja de formato pequeno, como, por exemplo, as fontes *Browellia New, Blackadder ITC, Chiller, Brush Script MT, Cordia New*, entre outras.

⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 351.

O Código Civil, seguindo a mesma linha, estipulou, em seu art. 423, que nos contratos de adesão, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Do cotejo entre ambos diplomas legais, tem-se que o Código Civil tem aplicação mais restrita, porquanto limita-se apenas às cláusulas contraditórias e ambíguas, ao passo que o CDC, desde que à cláusula limitativa ou restritiva de direito não se tenha dado o devido destaque, ainda que não seja ambígua ou contraditória, haverá nulidade da cláusula.

Note-se que, com isso, o Estado atua com vistas a impedir o abuso de direito, que sempre descamba para o ato ilícito, nos termos do que dispõe o art. 187 do CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Assim é que o dirigismo contratual irá se manifestar no controle das cláusulas gerais abusivas. Esse controle pode ser preventivo, quando o legislador dita o conteúdo das cláusulas ou, ainda, quando se exige prévia autorização de algum órgão administrativo. Já o controle repressivo ocorre na análise das cláusulas pelo Poder Judiciário que, não raramente, as substitui por outras sem que o fornecedor possa se desvincular do cumprimento do contrato.

Diante do fato de o contrato não ter fim em si mesmo, porque deve servir a uma função social, de veículo da circulação da riqueza, é que o Estado passou a adotar regras mínimas de proteção contratual, exigindo dos contratantes outros deveres, como o dever da boa-fé objetiva, lealdade, transparência e cooperação.

Da parte do fornecedor, pouco importa quem é que está do outro lado da relação contratual, pois como já visto, o contrato de adesão é pautado na impessoalidade, de forma que se o contrato cujas cláusulas previamente elaborou é dirigido a um número indeterminável de pessoas, e se estas pessoas não têm condições de discutir o conteúdo do

contrato, da mesma forma, para o fornecedor a liberdade de contratar não é mais a mesma, pois desde que se enquadrar na relação de consumo, com a oferta a público de seus produtos/serviços, sua vontade de contratar também sofreu limitações. Em suma, se a vontade do consumidor não é livre, porque está sujeita às cláusulas impostas pelo fornecedor, da mesma forma esse também não é livre para não contratar, porque, repita-se, o contrato perdeu sua carga de subjetividade, tornando-se impessoal.

Desse modo Silvio Venosa⁵ citado por Pablo Stolze assevera que “Em sociedade, cada um exerce uma atividade para suprir necessidades dos outros, que não podem satisfazê-las. Destarte, o vendedor de determinada mercadoria, ou o prestador de serviços, validamente estabelecidos, desempenham uma função social relevante.”

E continua: “Fornecem bens e serviços à sociedade e estão obrigados a fazê-lo, se foi essa a atividade escolhida para seu mister. A recusa injustificada na venda ou prestação do serviço constitui ato que se insere no campo do abuso do direito.”

Fixadas essas premissas, passa-se ao próximo tópico, onde será analisada a mitigação da liberdade de contratar.

2. A MITIGAÇÃO DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Desde o advento da Carta de 1988, não é mais possível abordar o direito contratual fazendo menção apenas aos clássicos princípios da autonomia da vontade, consensualismo e força obrigatória dos contratos.

Na ordem jurídica passada, esses, eram princípios que se bastavam em si mesmos, dado o caráter essencialmente patrimonialista que imperava à época.

⁵ VENOSA, Silvio apud STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V. 4., tomo 1, p. 331.

Com a nova ordem constitucional, que teve o pós-positivismo como marco filosófico para uma nova compreensão do direito constitucional – o neoconstitucionalismo, a dignidade da pessoa humana erigiu-se em um dos pilares da República, passando a nortear todo e qualquer ramo do direito. É a chamada personalização do direito privado.

Nesse novo contexto, passou a ser exigido do aplicador do direito que a interpretação de antigos e novos institutos jurídicos se fizesse em prol da pessoa humana. Ou seja, a dignidade humana como novo eixo axiológico do Estado de Direito!

A respeito, acentua o renomado professor Gustavo Tepedino⁶:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Nesse contexto, o contratante deve receber tratamento condigno com os valores inerentes à sua personalidade, o que importa, por assim dizer, na primeira limitação à autonomia da vontade, no que tange à negociação destes valores.

O princípio da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, expressa a liberdade de escolha da pessoa com quem contratar. É princípio que há muito deixou de ser encarado de forma absoluta, pois teve sua aplicação afastada desde o momento em que o individualismo liberal foi deixado de lado, em razão do intervencionismo estatal, que iniciou com o ingresso do Estado na ordem econômica, chegando até a ordem jurídica, do que se convencionou chamar dirigismo contratual. As legislações passaram, então, a coibir abusos com o fim de reequilibrar a base do contrato, na medida em que a realidade demonstrava a multiplicidade de vínculos jurídicos de determinada espécie, em que uma das partes contratantes se

⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XXV.

apresentava mais frágil, vulnerável, hipossuficiente, do que o consumidor é o grande exemplo.

O Código de Defesa do Consumidor é diploma de ordem pública, que tem por fim coibir os abusos na seara da contratação de massa. Essa é uma das razões pelas quais a liberdade de contratar não pode ser mais encarada de forma absoluta.

Na lição do saudoso Prof. Caio Mario da Silva Pereira⁷, o princípio da liberdade de contratar não é absoluto, devendo ser observados dois aspectos de sua incidência, o que diz respeito às restrições trazidas pelas normas de ordem pública e dirigismo contratual.

A ideia sobre a liberdade de contratar abarca três situações distintas. A primeira diz respeito ao contrato em si. Em regra, se diz que ninguém pode ser obrigado a contratar. Diz-se em regra, pois notória a flexibilização, quando constatado que muitas das vezes, em razão do dirigismo contratual, o Estado determina a contratação compulsória. É o caso do seguro obrigatório de veículos automotores – DPVAT – como imposição de contrato de seguro obrigatório a todo aquele que possui a propriedade de veículo automotor. A segunda situação diz respeito à liberdade com quem contratar. Notórias são as situações em que o consumidor não tem outra opção senão contratar com aquele que monopoliza o serviço, vez que prestado apenas por uma única pessoa jurídica, como ocorre com os serviços de fornecimento de gás, de água, de energia elétrica, de determinado tipo de transporte. A terceira situação diz respeito ao objeto da contratação, quando este não pode ser alterado ou aditado, portanto, não há escolha sobre o seu objeto.

3. A RECUSA DE CONTRATAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. v. 3. 14. ed., rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63-64.

Ressaltou-se, linhas atrás, que não é apenas o consumidor, parte mais fraca na relação jurídica, que está limitado em sua liberdade de contratar. O fornecedor de serviços que, anuncia ao público seus produtos e serviços, que veicula oferta em caráter permanente, como sói ocorrer com os bancos, com as operadoras de cartão de crédito, com as operadoras de telefonia, de TV a cabo, de internet, não pode invocar a liberdade de contratar. Desde que veicula sua oferta indistintamente, tem arrefecida sua autonomia da vontade, o que, somado à impessoalidade do contrato, não pode escolher com quem irá contratar.

A respeito da aceitação da oferta levada a efeito pelo fornecedor de serviços permanentes, esclarece Caio Mário da Silva Pereira⁸:

[...] A aceitação do oblato dá-se pura e simples. De regra, não comporta o contrato de adesão exceções pessoais. A aceitação é imediata, e o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naqueles casos em que a oferta ao público admite ressalvas (v. n. 188, supra), como, por exemplo, a empresa de transporte não poder ser obrigada a admitir passageiro além da lotação do veículo, ou a casa de diversões públicas não ser compelida a tolerar o ingresso de quem não tenha condições de saúde ou moralidade. [...]

Outra não é a opinião de Pablo Stolze⁹, que dedica um item do capítulo de seu livro à recusa de contratar, tratando-a como hipótese de responsabilidade civil aquiliana:

Pode alguém recusar-se a contratar?

Se levarmos em “ponta de faca” o princípio da autonomia da vontade, a resposta seria sempre positiva.

Todavia, tal conduta não pode ser levada a grau extremo, pois a conduta de quem oferta seus bens e serviços no mercado não pode ser interpretada como de plena liberdade para escolher quem bem lhe aprouver para atender, dando tratamento desigual em face de determinadas pessoas.

É lógico que, havendo a recusa à contratação, ela tem de ser fundamentada, sob pena de se caracterizar como uma conduta discriminatória.

Como contrato nem sequer existe, é realmente complicado pensar em uma responsabilidade civil pré-contratual, soando mais como uma manifestação da responsabilidade civil aquiliana.

⁸ Ibidem, p. 63-4.

⁹ STOLZE, Pablo. Op. cit., p. 331.

Sob essa ótica, a questão posta identifica-se por ter sido outrora muito debatida, qual seja, a incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas, fenômeno conhecido como eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares.

Não se discute que é com esteio nesta tese, que o CDC, microsistema jurídico criado para atender ao comando do legislador constituinte, cuja finalidade é proteger o hipossuficiente, melhor se adequa aos anseios da sociedade moderna, pois confere aos direitos fundamentais ampla dimensão, abarcando não só as relações Estado-particulares, mas também as relações privadas, e também confere ao Poder Judiciário, na esfera repressiva, a função de zelar pela observância dos direitos fundamentais nestas espécies de relações.

É inegável que a recusa em contratar, com consumidores que se acham em situações fáticas idênticas, afronta ao direito da igualdade, da isonomia constitucional e do princípio da dignidade da pessoa humana, por importar em inaceitável discriminação.

Não obstante o reconhecimento que se faz de não ser possível ao fornecedor a recusa injustificada na contratação, a prática forense ainda dá sinais de retrocesso, de excessivo apego ao princípio da liberdade de contratar, quando este já não tem lugar quando se está no âmbito das relações entre consumidores e fornecedores, nos contratos de adesão.

E não foi a toa, que o legislador, elencou como práticas abusivas as situações descritas no art. 39, incisos II e IX, do CDC, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas (redação dada pela Lei n. 8.884, de 11/6/1994):
II –recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (redação dada pela Lei n. 8.884, de 11/6/1994).

Como se vê, o fornecedor não pode recusar a venda de um bem ou a prestação de um serviço ao consumidor que se disponha a adquiri-lo mediante pronto pagamento. É hipótese

em que o fornecedor deve obediência ao princípio constitucional da igualdade, pois não pode proceder de forma discriminatória, dando tratamento diferente a consumidores que se acham em idêntica situação fática. A oferta que faz ao público o vincula, e é por essa razão que se diz que o princípio da autonomia privada cede perante outros princípios, como o da função social do contrato, boa-fé, igualdade, dentre outros. O entendimento assente na doutrina e tribunais é o de que o fornecedor de produtos e serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, sob pena de, assim o fazendo, incorrer em inaceitável prática abusiva.

O tema parece não se esgotar apenas nesse ou naquele princípio, quando se cuida da situação do fornecedor que está em oferta permanente. É aquele que veicula de forma constante sua oferta mediante campanhas publicitárias. Diz-se, em razão da constância de sua publicidade, que está em permanente oferta de seus produtos e serviços.

Importante para o presente estudo é a análise do art. 30 do CDC. De acordo com referido dispositivo, a publicidade passa a ser fonte de obrigação para o fornecedor, quando for suficientemente precisa. Ou seja, se a publicidade houver precisão, se faz o consumidor tomar conhecimento dos principais elementos do contrato, preço, forma de pagamento, entrega, entende-se a publicidade equiparada à oferta, vinculando o fornecedor porque passa a integrar o futuro contrato. É hipótese de obrigação pré-contratual, qual seja, a de manter a oferta nos moldes em que foi veiculada, sem dispensar a observância dos deveres anexos (lealdade, informação, transparência e boa-fé).

Se o caso é de recusa de contratar, seja porque o fornecedor está discriminando o consumidor, em afronta ao princípio da igualdade, seja porque simplesmente recusa-se a cumprir a oferta a que se vinculou, a solução a ser buscada pelo consumidor é a tutela específica da obrigação, prevista no art. 84 do CDC¹.

Mas situação não haverá em que a recusa possa ser feita legitimamente? Sem que importe em ofensa à igualdade, sem que configure ofensa à dignidade do pretendo consumidor? A situação está melhor colocada no item seguinte.

4. O JUSTO MOTIVO PARA A RECUSA DA CONTRATAÇÃO. CRITÉRIOS

As relações fáticas dentro do que se chama relações de consumo e antes mesmo de sua concretização são inúmeras. Basta a alteração de algumas variantes, para que o traçado mude de figura. E a razão que estava de um lado passa ao outro.

Em princípio, poder-se-ia questionar qual o interesse que um fornecedor, que deseja inegavelmente aumentar sua clientela, teria de recusar a contratação?

Um dos casos mais comuns de recusa na contratação, que se dá injustamente e injustificadamente, porque disso o fornecedor não dá provas cabais, é o de recusar-se a contratar com aquele consumidor que já acionou o Poder Judiciário contra sua pessoa, ou contra pessoa que foi por ele incorporada, ou por qualquer outra forma passou a deter o controle.

A retaliação a esse consumidor, em especial, se dá como forma de desestimular quem buscou a tutela de seus direitos a propor novas demandas.

Por óbvio que não se pode reputar legítimo esse tipo de comportamento, até porque, linhas atrás há indicação de ser ele configurador de prática abusiva. Entendimento contrário conduziria a situações absurdas.

Imagine-se que alguém ajuizou demanda contra a companhia de água e esgoto que atende sua cidade, ou contra a empresa de energia elétrica. Acaso vencedor o consumidor,

estaria correto vir a sofrer retaliação com a rescisão unilateral do contrato ou a recusa de contratação? Poderia esse consumidor ficar sem esses serviços que são classificados como essenciais?

A resposta é negativa.

A recusa de contratar em casos como esses importa em verdadeiro abuso de direito, que inevitavelmente descamba para o ato ilícito, devendo ser esse comportamento reprimido e expurgado de nosso ordenamento.

Para que a recusa de contratar seja legítima, há de se pautar em critérios objetivos, com o cumprimento do dever de informação, para que este saiba a razão de não ter sido admitida a contratação.

Em geral, a recusa de contratar é tida como legítima quando o consumidor, por exemplo, está com seu nome inserido no que se convencionou chamar cadastro de maus pagadores.

A pecha de mal pagador que recai sobre seu nome configura motivo justo, legítimo, para que os demais fornecedores lhe neguem a contratação, caso essa envolva, por óbvio, situação de financiamento do preço.

Mas é preciso que essa informação venha a tona, seja transparente, de modo que não se sinta o consumidor lesado em sua personalidade com algum sentimento de discriminação.

Outra hipótese de justa recusa é aquela em que a aquisição de determinado bem ou serviço depender da aprovação do crédito do consumidor. Por exemplo, o consumidor pretende adquirir um automóvel com financiamento de parte do preço. Caso não comprove renda suficiente para arcar com o pagamento das prestações, legítima a recusa do fornecedor do serviço, pois não pode expor o crédito a risco, que deve ser deferido com responsabilidade.

Assim, a solvabilidade do consumidor, o seu bom nome, são critérios que se tem por objetivos e bem amparam a recusa em contratar porque a tornam justificada.

É preciso que se diga que a recusa injustificada em contratar importa em ofensa à dignidade do consumidor, gerando o dever de indenizar o dano moral, que no caso, decorre *in re ipsa*, dispensando qualquer prova do dano, pois o constrangimento decorre da própria situação fática.

Uma questão pertinente seria a de saber se o fornecedor pode eleger seus critérios para contratar seus produtos, seus serviços.

A resposta a esta indagação irá depender de critérios que obedeçam à razoabilidade e proporcionalidade, caso em que não haverá óbice algum na sua eleição.

Um exemplo dessa situação seria a de um banco que somente aceita como clientes pessoas cujo salário esteja acima de determinado patamar.

O critério não parece desarrazoado, desde que sua publicidade, oferta, mencione os critérios, para que o consumidor não seja levado a pensar que bastaria preencher os requisitos mínimos da capacidade de contratar. Se a publicidade nada fala, nenhuma ressalva faz, tem-se que a recusa é injustificada, e portanto, abusiva.

Dessa forma, tem-se que somente critérios objetivos seriam admissíveis para embasar eventual justificativa de recusa contratual. Critérios outros como origem, raça, religião, ou até como visto acima, o fato de já ter o consumidor ingressado em juízo, não são critérios razoáveis e descambam para o ato ilícito, vez que configura abuso de direito pois como já visto, o direito de contratar e o de não contratar, não é, de forma alguma absoluto.

Os interesses do consumidor em potencial são resguardados em nome do princípio da transparência. Por esse princípio o consumidor tem direito de saber as informações a seu respeito que levaram à frustração do negócio.

Nesse contexto, o dever de informar é um dever positivo, é informar o consumidor o que ele não sabe, é um dever de conduta, portanto, um comportamento positivo.

Todo aquele que tem a recusa injustificada na contratação deve buscar a tutela jurisdicional, a fim de fazer valer seus direitos de consumidor.

Como já dito acima, o fornecedor, desde o momento em que oferece seus produtos, serviços, no mercado de consumo, abre mão de sua liberdade de contratar.

Nos contratos de consumo, de adesão, a impessoalidade do contrato é característica marcante. Não é dado ao fornecedor recusar a contratação, pois nesse tipo de contrato, não importa se é o A, o B ou o C que consumirá seus serviços. A concentração do interesse está na atividade e não na pessoa do contratante.

Acaso se afigure como injustificada a recusa na contratação, não se pode afirmar que a hipótese é de responsabilidade civil pré-contratual. Somente seria viável falar-se nesse tipo de responsabilidade, caso houvesse tratativas anteriores, a chamada fase de pontuação, onde as partes, em pé de igualdade discutem as cláusulas do contrato a ser firmado. Aqui não se trata disso, pois se não havia contrato, se este não chegou a ser firmado, não se pode falar em fórmulas predefinidas. Assim, se configurado o abuso do direito, a hipótese é de responsabilidade civil aquilina ou extracontratual.

Uma questão muito debatida e que hoje perdeu força concentrava-se na possibilidade de corte ou suspensão dos serviços essenciais.

Alguns juristas, extremados e apoiados no texto do art. 22 do CDC, afirmavam que apesar da inadimplência, o serviço deveria ser mantido, porque essencial, de modo que a supressão importaria em ofensa a dignidade humana.

Todavia, essa tese não foi a que prevaleceu nos tribunais superiores. Em se tratando de serviços essenciais, prestados pela concessionária de serviço público, a regra a ser observada é especial de direito administrativo, não podendo toda a sociedade arcar com o débito dos inadimplentes, sob pena de falência do próprio sistema.

CONCLUSÃO

Nas relações de consumo, a liberdade de contratar do fornecedor não pode ser colocada acima dos inúmeros princípios que regem hoje as relações de consumo.

Deve-se atentar para a vinculação da oferta, para sua situação de fornecedor em oferta permanente, para que antes de mais nada se verifique se a recusa na contratação foi justa, legítima ou injusta, ilegítima.

Nesse último caso, responderá o fornecedor pelos danos que causar, sem prejuízo de ter de prestar a tutela específica, a contratação negada.

A recusa injustificada importa em abuso de direito, que descamba para o ato ilícito, dentro da responsabilidade civil extracontratual. Do fornecedor é o dever de prestar as informações de forma clara, transparente, cumprindo, assim, o dever de informar.

A recusa de contratar, para ser legítima, deve estar pautada em critérios objetivos, de fácil aferição, de fácil constatação. E sempre que possível deve dela ter conhecimento o consumidor.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 6. ed. Niteroi: Impetus, 2010.

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos*. São Paulo: RT, 1982.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. v. 3. 14. ed., rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ⁱ Art. 84 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.