

PADRONIZAÇÃO E CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Eliseu Jusefovicz *

Sumário: Introdução. 1. Noções e características dos contratos padronizados e de adesão; 1.1. Definição de contrato padronizado e de adesão; 1.2. O surgimento e as razões da proliferação dos contratos padronizados e de adesão; 1.3. A concentração empresarial e o poder de determinação do conteúdo contratual; 1.4. A conexão entre contratos padronizados e de adesão e cláusulas abusivas; 2. O problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais; 2.1. A expansão da padronização e suas conseqüências nos contratos civis e empresariais; 2.2. O âmbito de proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC; 2.3. Questões para análise das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais; Conclusão; Referências.

Resumo: Este texto caracteriza o contrato padronizado e de adesão e, em seguida, aborda o seu surgimento, a sua proliferação nas relações contratuais civis e empresariais e a recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas. Contudo, em princípio, a ampla proteção contra cláusulas abusivas só existe no âmbito dos contratos de consumo. Então, surge um problema: é possível sustentar a revisão contratual e a anulação de cláusulas abusivas nas relações contratuais regidas pelo Direito Civil e Empresarial? Este estudo afirma essa possibilidade.

Palavras-chave: Contrato padronizado – Contrato de adesão – Cláusulas abusivas.

Abstract: This text features standardized and adhesion contracts; next, an approach of its origin, proliferation is done in commercial contracts, and mutual connection with the phenomenon of abusive clauses. However, in principle, the large protection against abusive clauses only exists in consumer's contracts. It gives rise to a problem, namely: is there a possibility to keep the judicial recognition for the defence against abusive clauses, in the cases of commercial contracts? This study claims it is.

Key Words: Standardized contract – Adhesion contract – Abusive Clauses.

Introdução

O atual contexto econômico é revelador de novas vertentes contratuais, destacando-se a categoria dos contratos padronizados e de adesão, cuja utilização conquista cada vez mais espaço em todos os âmbitos da

* Mestrando em *Direito, Estado e Sociedade* na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da CAPES.

contratação moderna. O efeito mais emblemático é que, pela predisposição unilateral e inexistência de negociação das cláusulas, eles abrem um ambiente propício para imposições ilegítimas dos predisponentes. De tal forma, pode-se afirmar a existência de um “vínculo de parentesco” entre os contratos padronizados e de adesão e as cláusulas abusivas. Em geral, nestas relações as estipulações predispostas pelos mais fortes conduzem, direta ou dissimuladamente, à quebra da relação de equivalência entre direitos e obrigações das partes, que é pressuposta pelo princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual.

O contrato padronizado e de adesão é o preferido pelas empresas na contratação moderna. Apresenta-se nas relações regidas pelo direito civil e empresarial com as mesmas consequências adversas das relações de consumo, em especial na matéria de cláusulas abusivas: elas aparecem em contratos entre cidadãos singulares, em contratos unilateralmente empresariais e em contratos interempresariais com partes desiguais. Muitos deles são similares aos contratos de consumo. Porém, em princípio, o contratante fraco tem proteção específica contra cláusulas abusivas apenas no Direito do Consumidor. Então, se as situações são similares, há uma lacuna. Neste ponto, levanta-se o problema da proteção contra cláusulas abusivas nas relações contratuais civis e empresariais e, se as situações são similares às de consumo, importa saber se é possível aplicar, por analogia, as normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Ademais, cumpre indagar se existem outras alternativas de solução para a questão.

1. Noções e características dos contratos padronizados e de adesão

1.1 Definição de contratos padronizados e de adesão

Para efeito deste estudo, seguindo a lição de Fernando Noronha, a designação *contratos de adesão* enfatiza a *inexistência de negociações entre as partes*, decorrente da *desigualdade de poder negocial*; são contratos que se contrapõem aos *contratos negociados*, que seriam os demais, paritários ou de livre discussão. Esta classificação enfatiza o fenômeno do poder econômico de um dos contratantes. Outra classificação é a que distingue contratos

padronizados e não padronizados, ou comuns: na categoria dos *contratos padronizados* enfatiza-se o fenômeno da contratação em massa, que são aqueles que se celebram de acordo com modelos preestabelecidos, isto é, aqueles cujas cláusulas estão antecipadamente fixadas; os contratos sem estas características são *não padronizados*, ou comuns.¹

Como bem observa Noronha, os contratos padronizados têm base *objetivista*; neles importa saber se o negócio celebrado obedeceu ou não a um modelo pré-estabelecido. Já os contratos de adesão têm base *subjetivista*; sua característica básica está no fato de o contratante ter ou não condições de discutir as cláusulas.²

Contudo, geralmente, o contrato padronizado é também de adesão e vice-versa, porque ambas as figuras coincidem num mesmo contrato. São aqueles que reúnem a característica essencial do contrato de adesão, “a mera anuência a uma proposta de contrato”, porque a parte não tem condições de discutir o conteúdo; e do contrato padronizado, “cujas cláusulas hajam sido predispostas pela outra parte”. Reunindo tais características, estes contratos são aqueles “unilateralmente impostos por uma das partes à generalidade das pessoas interessadas em com ela contratarem”. Por isso, devem ser enquadrados numa categoria unitária – dos “contratos padronizados e de adesão”³ – e merecem atenção especial.⁴ Principal-

1 NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas**. São Paulo: USP, 1991. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1991, p. 289 e segs. (obra que constitui um marco desta linha de estudos); NORONHA, Fernando. **Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor**. (MIMEO), Florianópolis: UFSC, 2002, p. 224 e segs. A delimitação do objeto desse estudo não permite examinar as categorias de contratos padronizados: 1) verbais e escritos; 2) normativos, regulamentados, sob modelos comerciais e de predisposição unilateral.

2 NORONHA, 2002, p. 235; NORONHA, 1991, p. 309.

3 A doutrina dominante utiliza apenas a expressão “contrato de adesão”. O termo concebido para rotular a nova realidade contratual reporta-se a Raymond Saleilles que, a usou pela primeira vez em 1901 quando da publicação, em Paris, da obra **De la déclaration de volonté (contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand – art. 116 à 144)**. Neste estudo, com a designação “contrato padronizado e de adesão”, procura-se enfatizar que, na verdade, tratam-se de duas realidades diferentes: “*padronizado*”, porque as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo predisponente, e “*de adesão*”, porque não há poder de negociação da parte do aderente. Uma parcela de “adesão” parece ter sempre existido na contratação, porém, a padronização realmente é fenômeno novo (NORONHA, 2002, p. 235).

4 NORONHA, 2002, p. 238.

mente, pela crescente situação de “subordinação” da parte mais fraca⁵ e da ampliação das possibilidades de imposição de cláusulas abusivas.

1.2 O surgimento e as razões da proliferação dos contratos padronizados e de adesão

Os contratos padronizados e de adesão constituem uma *manifestação jurídica da moderna vida econômica e social*.⁶ A mudança do enfoque sobre propriedade e riqueza deixou para trás a economia agrária e valorizou a indústria. Com o crescimento desta nova estrutura econômica, industriais e comerciantes perceberam que, para ter segurança, permanecer no mercado e ter solidez de lucros, era preciso reunir esforços. Isso levou à concentração e aumento de poder, ou seja, o capitalismo monopolista cresceu e, além disso, surgiram os oligopólios, favorecendo a formulação de cláusulas contratuais uniformes. De outro lado, houve o aumento da urbanização e o surgimento da massificação social, ou seja, uma população que para ser atendida precisava da simplificação e intensificação do ritmo dos negócios.

Dentro dos novos ares capitalistas, advindos das profundas transformações ocorridas a partir da Revolução Industrial e do crescente poder econômico da empresa moderna, associado ao fenômeno da massificação da sociedade, surgiu a necessidade de agilizar as transações, mas sem perda do controle pela empresa. Era preciso dar rapidez à produção e distribuição e, ao mesmo tempo, garantir a segurança e eficácia dos negócios. Para dar conta dessa nova realidade, os empresários buscaram munir-se dos instrumentos necessários, encontrando no direito contratual uma das formas mais adequadas para conseguir esse objetivo. O contrato passou a ser utilizado, cada vez mais, para externalizar os custos, agravar os deveres da contraparte,

5 Essa subordinação chega a caracterizar uma verdadeira *dependência*, quando o contrato, além de ser padronizado e de adesão, é também “contrato relacional”. NORONHA, 2002, p. 218 e 246 e segs.; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 78; BITTAR, Carlos Alberto. As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n.º 106, p. 161-172, abr./jun., 1990, p. 171.

6 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 257, 1977, p. 33-43. MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 339 e segs.

transferir riscos, ônus, etc. e internalizar os benefícios, reduzir obrigações, economizar tempo, custos da contratação, etc.⁷ Evidentemente, para efetivar-se deste modo, as cláusulas não podiam mais ser negociadas.

Foi necessário deixar de lado o contrato paritário com cláusulas discutidas e, por razões ligadas às necessidades da economia – questões de racionalidade econômica e redução de custos –, assim como decorrentes da massificação, iniciou-se, então, a contratação padronizada e de adesão.⁸ Assim, por um lado, o surgimento da padronização na contratação se deve ao intuito dos predisponentes de aumentar a margem de segurança contra os riscos, diminuir a carga de detalhamento na elaboração de grande número de contratos e aumentar a eficiência produtiva no relacionamento com a grande massa de clientes.⁹ Por outro lado, a padronização possibilitava adequar-se às exigências econômicas e sociais, compatíveis com a modernidade da economia de escala, produção em série, consumo em massa, pressa dos sujeitos envolvidos nas transações, etc.¹⁰

Com efeito, a nosso ver, atualmente, o impulso mais forte do desenvolvimento da padronização dos contratos está ligado à criação de mecanismos para aumentar a rentabilidade e a eficiência empresariais na fase superior do capitalismo, na qual a concentração empresarial e a competitividade são características. Por isso, essa prática começou com os trabalhadores¹¹ e consumidores, porém, paulatinamente, a massificação dos contra-

7 Entre outros, NORONHA, 2002, p. 213 e segs.; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, out./dez., 1995, p. 52 e seg.; MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996, p. 16-18; WALD, Arnold. Do contrato de adesão no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 17, n. 66, abr./jun., 1980, p. 257-266; BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de adesão e o sancionamento das cláusulas abusivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 648, 1989, p. 17-20.

8 NORONHA, 1991, p. 307 e segs.; NORONHA, 2002, p. 225; PINTO, 1977, p. 33.

9 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 30.

10 MACEDO, Elaine Harzheim. Contrato de adesão: controle judicial dos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 15, p. 99-117, jul./set. 1995, p. 104; MANDELBAUM, 1996, p. 126 e segs. HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 76-95, abr./jun. 1993, p. 77-78; ROSA, Josimar Santos. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 53.

11 MONTEIRO, 1985, p. 340, nota 766.

tos alastrou-se para todos os âmbitos da contratação, inclusive entre empresas, com a adoção da pré-fixação unilateral e uniforme de cláusulas contratuais, muitas vezes com a utilização de “cláusulas contratuais gerais” estabelecidas para a generalidade dos seus clientes e fornecedores.

1.3 A concentração empresarial e o poder de determinação do conteúdo contratual

Na atualidade, a atividade econômica é dominada pelas empresas privadas. Esta é decorrência própria do sistema capitalista, assegurada na Constituição (arts. 173 e 175). A atividade empresarial constitui-se numa das atividades juridicamente mais importantes, como expressão da vontade do grupo que exerce a hegemonia na sociedade. Não há como negar que os empresários são os detentores do poder econômico, mas também não é possível olvidar as implicações que têm na esfera política, como grupo social dominante. Entretanto, se há algo importante para enfatizar é o fato de que o poder econômico e político da classe empresarial, além de ser cada vez maior, está cada vez mais concentrado nas mãos de poucos agentes hegemônicos, como consequência própria do processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial. Por isso, hoje, não é difícil encontrar algumas empresas transnacionais com um poder muitíssimo maior do que aquele de que dispõem a maior parte dos Estados nacionais existentes, como ensina Fernando Noronha.¹²

Para se ter uma idéia, em termos do denominado “Índice Herfindhal-Hirschmann”, o grau de concentração da indústria brasileira é muito superior ao considerado “extremamente preocupante” na economia norte-americana, configurando simplesmente uma economia *superoligopolizada*. De 25 dos principais setores industriais do país, pelo

12 NORONHA, 2002, p. 214-216. Andréia M. O. Magrin percebe nos agrupamentos societários o novo ator central do sistema econômico dos nossos dias e enfatiza que o total do volume de negócios das oito maiores empresas transnacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de seis dos mais poderosos Estados membros da União Européia. O volume de alguns destes negócios chega a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, como é o caso do Grupo General Motors (MAGRIN, Andréia M. O. Controle dos atos de concentração empresarial pelo CADE. In: HENTZ, Luiz Antônio Soares (Coord.). **Obrigações no novo direito de empresa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 01-16, p. 13).

menos vinte encontram-se na linha dos segmentos “altamente concentrados”, assinala Geraldo Filomeno.¹³

Como efeito conexo à concentração empresarial e ao avanço do capitalismo, o poder da empresa assume as formas mais variadas, de tal maneira que os juristas demoraram a verificar seus efeitos na contratação.¹⁴ Mas, aos poucos, passaram a observar que “a tendência expansiva do fenômeno econômico puro levará seguramente à situação de *prepotência* do contratante mais forte sobre o mais fraco”, como diz Leopoldino da Fonseca.¹⁵ A partir disso, consolidou-se o reconhecimento da tensão existente entre as cláusulas gerais de contratação e a noção de liberdade contratual.¹⁶

Outrossim, uma das facetas do poder das empresas é identificada no âmbito da contratação. O fato é que a concentração crescente das empresas leva a um constante aumento do poder negocial no momento de firmar contratos e a uma elevação das possibilidades de predisposições unilaterais de cláusulas contratuais que reduzem as obrigações dos predisponentes, ou agravam as dos aderentes, não raro, por meio de “cláusulas contratuais gerais”.

Logo, deflui destas considerações que as manifestações da dominação da macroempresa na determinação do conteúdo contratual estão diretamente associadas às principais características da contratação moderna: a *desigualdade de poder negocial* e as *cláusulas contratuais gerais*. De um lado, o poder de determinação do conteúdo do contrato é facilitado pela desigualdade de poder negocial, porque os contratos são celebrados por empresários,

13 Os parâmetros do Índice Herfindhal-Hirschmann utilizados foram: HHI abaixo de 1.000 indica indústrias desconcentradas; entre 1000 e 1.800, moderadamente concentradas; e acima de 1.800, altamente concentradas (FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 69).

14 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

15 FONSECA, 1998, p. 58. Arruda Alvim assinala que o contrato, componente burocrático, pode ser instrumento de dominação. O contrato padronizado e de adesão favorece esse perfil, pois ele “configura uma forma de poder que fortalece impérios industriais” (ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 25-70, out./dez. 1996, p. 66).

16 Uma verificação detonada, no direito alemão, pelas pesquisas de Ludwig Raiser, realizada no ano de 1935, sobre o “Direito das Condições Gerais de Negócios”, a qual tornou-se um marco para todas as discussões da temática, ganhando enorme ímpeto após o ano de 1950, com o lema da “proteção ao consumidor” (SCHWAB, Dieter. Validade e controle das “condições gerais de negócios”. Tradução de Peter Walter Ashton. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 41, p. 07-20, nov. 1987, p. 08).

tendo como contrapartes pessoas ou entidades desprovidas de poder econômico, ou com um poder substancialmente menor.¹⁷ De outra parte, se a macroempresa detém tal poder a prática da contratação pode prosseguir sem obstáculos, por meio de estipulações uniformes oferecidas para a generalidade dos interessados, isto é, através de cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas gerais dos contratos, como também são chamadas, “são as estipulações uniformes características dos contratos padronizados e oferecidas à generalidade das pessoas que desejem contratar com o ofertante”, como diz Fernando Noronha.¹⁸ Nelson Nery Júnior assinala cinco características para as cláusulas gerais dos contratos: *preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração*. São estipulações feitas por um dos contratantes, o predisponente ou estipulante (*unilateralidade*), antes do consenso contratual (*preestabelecimento*), que servirão para regular os negócios do estipulante relativos àquela área negocial (*uniformidade*), no intuito de que o futuro aderente aceite em bloco os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e alcance (*rigidez*), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir sem distinção a todos que quiserem aderir às cláusulas gerais (*abstração*).¹⁹

Daí decorre que os maiores problemas dos novos contratos estão ligados à desigualdade de poder de negociação e à pré-elaboração de cláusulas redigidas para beneficiar o predisponente. Na atualidade, o aderente não tem escolha; além de ter reduzida liberdade de contratar, também não tem liberdade contratual, ou seja, liberdade de determinação do conteúdo do contrato. Não há participação na formação do regulamento contratual e disso decorre a *desigualdade de poderes negociais*.²⁰ O poder de

17 NORONHA, 2002, p. 217.

18 NORONHA, 2002, p. 229 e segs. As **cláusulas contratuais gerais** podem figurar em outros contratos padronizados, mas não de adesão, pois existe a possibilidade da elaboração bilateral das cláusulas contratuais gerais (com igualdade de poderes negociais) para contratos normativos. Pode ser o caso de duas categorias econômicas: empresários e consumidores (art. 107 do CDC) (GALDINO, Valéria da Silva. **Cláusulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22).

19 NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 429-555, p. 448; GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 130.

20 Neto Lôbo ressalta: “A desigualdade ou inferioridade do aderente é devida à inferioridade de previsão quanto ao conteúdo do contrato que adere às condições gerais. Em outras palavras:

predispor cláusulas contratuais gerais é um poder privado do predisponente, cujo exercício, associado ao poder econômico, se realiza com aquela força de cogência e de autoridade que já é vista como um poder aproximado ao dos poderes públicos, ou até mesmo identificada com o poder da Igreja na Idade Média. Seja ele legítimo ou abusivo, de qualquer modo é um poder incontestável.²¹

O poder de imposição das cláusulas contratuais atinge, progressivamente, toda a contratação. Esta tendência é cada vez maior em decorrência da globalização da economia, uma vez que aumenta a competitividade e a concentração do capital. As macroempresas “curto-circuitam” os territórios por cima da soberania dos Estados, controlando a regulamentação da vida social e inclusive as políticas governamentais.²² Hoje, as decisões são tomadas pelo conjunto das empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submete todo e qualquer aderente, inclusive as demais pequenas e médias unidades empresariais. Assim, há uma vulnerabilidade crescente das empresas menores, ou de quaisquer outros aderentes nas relações com macroempresas, abrindo um ambiente propício para a imposição de cláusulas abusivas.

1.4 A conexão entre contratos padronizados e de adesão e cláusulas abusivas

Como bem observa Fernando Noronha, uma das resultantes do constante aumento do poder de algumas empresas, associado à generalização da padronização contratual, é a inevitável imposição pelos mais fortes dos

deve-se a não ter participado do regulamento contratual previamente determinado. [...] Essa desigualdade é jurídica; independe do equilíbrio de forças econômicas dos que se apresentam na relação contratual. É desigualdade de poderes contratuais” (LÔBO, 1991, p. 64-65).

21 Para Neto Lôbo, “o monopólio estatal da legislação rejeita a pluralidade normativa. Mas os ordenamentos jurídicos têm demonstrado uma preocupante impotência diante das formas variadas de *law-making power* utilizadas pelas macroempresas” (LÔBO, 1991, p. 17-18).

22 SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**: espaço e tempo: razão e emoção. 3. ed., São Paulo: Hucitec, 1999, p. 194-195. Em outra obra, o autor assinala que “é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulamentação da vida social” (SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 18 e 38).

termos de contratação que lhes sejam mais favoráveis. Em geral, é aí que surgem as estipulações que reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. Ou seja, tais predisposições desequilibram significativamente a relação de equivalência entre direitos e obrigações de uma e outra parte, quando esta deva ser pressuposta, de acordo com o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual.²³

Os contratos padronizados e de adesão possuem uma recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas. Esta conexão é levada ainda mais longe por alguns autores, que enunciam como um dos específicos objetos dos contratos padronizados e de adesão o abuso do poder econômico.²⁴ Na verdade, as cláusulas abusivas não são exclusivas dos contratos padronizados e de adesão,²⁵ mas estes contratos constituem o espaço privilegiado de seu surgimento e estas são parte integrante do seu conteúdo quase sem exceção. Verifica-se que tal tipo de contratação se presta a elevar o poderio econômico da parte mais forte, facilitando a inserção de cláusulas abusivas, como diz Leopoldino da Fonseca.²⁶ Neste sentido, é correto dizer que os contratos padronizados e de adesão são instrumentos de atuação do poder econômico das macroempresas.

Como também assinala Fernando Noronha, a figura das cláusulas abusivas está estreitamente associada ao fenômeno da generalização da padronização contratual, decorrente da *mass production* e *mass distribution*.²⁷ São flagrantes as desvantagens para os aderentes, principalmente em relação à sua liberdade e à justiça comutativa, pois, pela impossibilidade

23 NORONHA, 2002, p. 66 e 298.

24 PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 320, nota 658.

25 Como assinala Roberto Senise Lisboa: “A cláusula abusiva não se encontra presente tão-somente nos negócios jurídicos de massa, como também nos contratos *gré a gré* (paritários)” (LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário locação, autor. São Paulo: RT, 1997a, p. 223).

26 FONSECA, 1998, p. 32. Segundo o autor, “não se pode dizer que a cláusula abusiva, ou excessivamente onerosa, seja uma consequência lógica ou jurídico-formal do contrato de adesão. Poderá vir a ser uma decorrência de *caráter econômico*, justamente porque cria maior peso, maior ônus para o contratante fraco, e exonera cada vez mais o predisponente” (FONSECA, 1998, p. 110).

27 NORONHA, 1991, p. 299 e 335; MANDELBAUM, 1996, p. 208.

de rejeitar as condições impostas pelo proponente, estas novas categorias contratuais facilitam o favorecimento contratual do empresário mais forte, agravando a posição da parte mais frágil.²⁸ Por isso, há quem tenha como certo que as cláusulas abusivas são próprias dos “contratos de adesão”, “sendo inimagináveis naqueles em que a autonomia de vontade e liberdade de negociar são absolutos”. Neste sentido, acredita-se que o CDC deveria ter tratado antes o contrato de adesão e depois as cláusulas abusivas, justamente para estender a proteção a todos.²⁹

Nas relações negociais concebidas a partir do contrato padronizado e de adesão, “alcança singular evidência o desequilíbrio entre o predisponente e o aderente, em função da estrutura incidente, perante o segundo, com uma gama considerável de obrigações”.³⁰ O aderente pode ser alvo de insultos sem limites, por força do poder econômico do predisponente, que muitas vezes sutilmente se encontra presente nas cláusulas contratuais, comprometendo a estrutura e desequilibrando o plano obrigacional, que deve ter um caráter isonômico. A predisposição contratual vem perpassada de abusos, que nem sempre são fáceis de serem detectados pelo aderente, pois a sua aceitação em bloco não permite numa primeira análise qualquer retificação.³¹ E, ainda que tivesse conhecimento, não teria possibilidade de alterá-la.

Em suma, estudar o problema das cláusulas abusivas implica, em última instância, analisar também os contratos padronizados e de adesão onde quer que eles apareçam. Um bom exemplo do desequilíbrio possível nestes contratos advém da prática constante da inclusão de cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade. Há como que um vínculo de *parentesco* entre a padronização e as cláusulas abusivas, pertencendo as cláusulas de exclusão ao *núcleo* das denominadas cláusulas contratuais gerais, e são elas que melhor evidenciam os perigos inerentes aos contratos padronizados e de adesão.³²

28 Cf. HEERDT, 1993, p. 78.

29 HEERDT, 1993, p. 88.

30 ROSA, 1994, p. 66.

31 ROSA, 1994, p. 67.

32 MONTEIRO, 1985, p. 337-338; PRATA, 1985, p. 393.

2. O problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais

2.1 A expansão da padronização e suas conseqüências nos contratos civis e empresariais

Ainda que exista a defesa doutrinária e jurisprudencial de que é característica da contratação as cláusulas serem livremente pactuadas,³³ a aceitabilidade dos contratos padronizados e de adesão representou a impossibilidade da liberdade de discussão do conteúdo dos dispositivos negociais e a submissão do economicamente mais débil a essa nova situação,³⁴ em todos os âmbitos da contratação privada.³⁵ Na prática, só se encontram contratos celebrados consensualmente nas transações de menor importância econômica e, ainda assim, apenas naquelas que sejam cumpridas no mesmo instante em que se celebrem; ou seja, a contratação

33 Para exemplificar, basta verificar a lição de Fran Martins: “uma das características gerais dos contratos é serem as suas condições livremente estipuladas pelas partes. Tratando-se de um acordo de vontades, é lógico que somente quando coincidem os pontos de vista das partes interessadas poderá realizar-se esse acordo. A livre estipulação pelas partes das condições contratuais é baseada no clássico princípio da autonomia da vontade, oriundo do art. 1.134, do C.C. francês, que o consagrou ao determinar que ‘as convenções legalmente formadas têm força de lei entre os que as fizerem’ ” (MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81-82). Sobre a jurisprudência, segundo Paulo Nalin, “mesmo profundamente alterado o paradigma do contrato contemporâneo, insistem os Tribunais em afirmar a ampla vigência dogmática da vontade e do velho brocardo *pacta sunt servanda*”. Por exemplo, para admitir a multa contratual no índice convenicionado pelas partes em obediência ao princípio “*pacta sunt servanda*”; para permitir aplicação de índices de juros e correção, em contrato bancário, “vez que expressamente convenicionada entre as partes”, “devendo ser honrado o princípio do ‘*pacta sunt servanda*’, da liberdade contratual e da autonomia da vontade” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 31-32).

34 LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 86, n. 745, p. 27-40, 1997b, p. 37.

35 Mesmo que não haja reconhecidamente um monopólio ou oligopólio, as macroempresas muitas vezes fazem um “raciocínio empresarial”, um cálculo, enfim, um planejamento, com a finalidade de gerar atitudes empresariais “orquestradas, tendentes a eliminar algum diferencial contratual de relevo que venha a possibilitar uma maior concorrência entre as empresas” (BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 51-52). Esta análise permite perceber que aquele a quem é proposto o contrato pode ser “constrangido”, mesmo sem que haja um “*monopólio de direito*”, mas por uma *armadura* que acaba produzindo uma espécie de “*monopólio de fato*” (GOMES, 1991, p. 131-132).

não padronizada fica restrita às transações empresariais atípicas e às não empresariais, embora mesmo no âmbito destas seja cada vez mais comum o recurso às formas padronizadas, como ensina Fernando Noronha.³⁶

Segundo Leopoldino da Fonseca, o fenômeno denominado de *contratos pré-redigidos* não é peculiar e restrito ao direito do consumo. Também se encontra no âmbito relacional de empresas, e especificamente todas as vezes em que um contratante é suficientemente poderoso para impor cláusulas idênticas a toda uma série de contratantes.³⁷

De maneira semelhante, Renata Mandelbaum assinala que as relações entre empresários fora do consumo podem “estar inseridas na questão das contratações por adesão em geral”.³⁸ Não é diferente a constatação de Fábio Ulhoa Coelho: “Esse quadro genérico da formação dos vínculos contratuais em economia de massa não diz respeito somente aos negócios de consumo. Também as relações interempresariais e as civis se inserem, hoje, em situações desse tipo”.³⁹ Nestas relações há os mesmos problemas, pois “a desigualdade econômica das partes é, atualmente, característica da generalidade dos negócios”; ela aparece nas relações entre empregado e empregador, fabricante e distribuidor, industrial e agricultor, mas outras poderiam ser lembradas, em que o desequilíbrio dos contratantes é também patente, como as relações entre banco e comerciante, franqueador e franqueado, concedente e concessionário, etc.⁴⁰

Enfim, muitos estudiosos, especialmente os do Direito do Consumidor, observam esta situação. No entanto, ainda não há o estudo que merecem os contratos padronizados e de adesão fora das relações de consumo.⁴¹ Vários contratos tipicamente fora do âmbito das relações de consumo obe-

36 NORONHA, 2002, p. 225.

37 FONSECA, 1998, p. 35.

38 MANDELBAUM, 1996, p. 156.

39 COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.129.

40 COELHO, 1994, p. 130.

41 Mesmo o contrato padronizado e de adesão sendo fortemente utilizado em relações contratuais tipicamente fora do âmbito do consumo, com todos os seus problemas característicos, é pouco lembrado pelos juristas e doutrinadores do Direito Civil e do Direito Comercial – “manuais e tratados de Direito Civil e Comercial não fazem menção” –, como diz Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 1999, p. 448).

decem a cláusulas gerais preestabelecidas e são consolidados sem qualquer discussão de seu conteúdo. Observa-se a presença de contratos padronizados e de adesão em muitos contratos unilateralmente empresariais, como é o caso dos contratos de fornecimento celebrados com produtores não-empresários (como os celebrados com empresários rurais e pequenos empresários) e até mesmo em diversos tipos de contratos interempresariais.

Nos contratos unilateralmente empresariais, como é o caso dos contratos de trabalho e de fornecimento, os problemas são bem similares aos dos contratos de consumo. Para a proteção dos trabalhadores, pela premente necessidade de tutela dos mais “fracos”, desde há muito tempo se designou disciplina específica. Entretanto, aos contratos de fornecimento, nos casos em que sejam unilateralmente empresariais e se apresentem como padronizados e de adesão, não há nenhuma tutela específica.⁴² Porém, convém lembrar as semelhanças com os contratos de consumo e até com os contratos de trabalho: vulnerabilidade, desigualdade de poder negocial, etc.

Por exemplo, o caso dos contratos realizados entre os produtores de fumo e a indústria tabagista, entre produtores de hortaliças e os hipermercados, entre fruticultores e as indústrias beneficiadoras, entre pequenos produtores de cereais e as grandes empresas cerealistas, ou os contratos entre pequenos criadores de aves ou suínos e as macroempresas frigoríficas: qual a liberdade dos primeiros de dispor dos bens produzidos para obter a renda de sua sobrevivência? Efetivamente não existe, ou pelo menos é insignificante perante o poder das macroempresas. Não há liberdade de interferir no conteúdo do contrato e nem mesmo liberdade de escolher com quem contratar.⁴³ Ademais, nessas relações contratuais podem ser encontradas condições de dominação mais graves do que aquelas que ocorrem entre empresários e consumidores. São situações de similitude

42 NORONHA, 2002, p. 243.

43 Como afirma o Min. Ruy Rosado de Aguiar, no acórdão proferido em Recurso Especial sobre contrato de compra e venda de laranja celebrado entre um produtor e a empresa Cargill Citrus Ltda.: “Na definição deste contrato, acentuou-se que se cuidava de contrato normativo. Para o produtor, a diferença não é substancial. A ele teve de aderir, pois lidava com compradores cartelizados, e os elementos vontade e igualdade de forças ficaram definitivamente comprometidos”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 256.456, São Paulo, Apelação Cível 2000/0039981-7, Brasília, julgado em 22 de março de 2001 e publicado em 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2003).

com os contratos de trabalho, em decorrência da vinculação e subordinação total aos interesses das macroempresas, com um nível elevado de vulnerabilidade da parte mais fraca, em vários aspectos: econômico e social, jurídico, técnico, psicológico, etc.⁴⁴

Em alguns contratos interempresariais também é marcante a utilização do contrato padronizado e de adesão. Como ensina Fernando Noronha:

O fato de os contratos padronizados e de adesão serem preferidos pelas empresas, nas suas relações com os consumidores não quer dizer que eles não sejam usados (e igualmente preferidos) também em muitos negócios interempresariais. A empresa dominante vai impô-los em contratos como os de distribuição (ou concessão comercial), de franquia empresarial (ou *franchising*) e de facturização (ou *factoring*). Estes são contratos em que o aderente, apesar de também ser empresa, continua figurando como parte vulnerável.⁴⁵

A mesma problemática foi observada por Carlos Alberto Bittar, quando em seus estudos analisou as modalidades de “contratos de adesão”, citando diversas vezes contratos não de consumo e seus possíveis problemas similares aos de consumo. Segundo suas lições, nas espécies ligadas à modalidade dos “contratos associativos”⁴⁶ (como os contratos de licenciamento, de franquia, de marca, de *know-how* e de outros bens intelectuais, de *joint venture*, de concessão mercantil e outros), é que “os contratos por adesão ganham maior vulto”. Neles há uma “verdadeira ingerência externa na atividade do aderente”, imposição de cláusulas contratuais, exigência de mínimos de capital e de organização, etc., facultando uma reação da empresa de menor porte quando sofrer abusos, como no caso de “exigência de exclusividade” ou “submissão a certos parâmetros de ação”.⁴⁷

Na verdade, o autor se refere aos contratos que, recentemente, vêm sendo inseridos na vertente dos chamados “contratos relacionais”. Nestes contratos, que quase sempre são padronizados e de adesão, é ainda mais

44 Sobre as espécies de vulnerabilidade, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 115-174.

45 NORONHA, 2002, p. 239.

46 BITTAR, 1990, p. 170-171.

47 BITTAR, 1990, p. 171.

forte⁴⁸ a relação de subordinação, sujeição e vínculos de dependência do contratante mais fraco em relação ao contratante mais forte, inclusive para a própria existência e viabilidade econômica.⁴⁹

Os contratos bancários⁵⁰ constituem um exemplo significativo de contrato padronizado e de adesão, no âmbito das relações civis e empresariais. As relações contratuais com os bancos constituem um dos exemplos mais típicos da vulnerabilidade fora das relações de consumo. As contrapartes, sejam sujeitos particulares, como pequenos poupadores, sejam microempresários, todas são vulneráveis diante da instituição financeira. Chega-se a falar que há uma “específica vulnerabilidade empresarial”, ou uma submissão “quase compulsória” ao sistema bancário, uma vez que, não raro, aqueles que estão fora das relações com os bancos estão à margem da própria sociedade, como assinala James Marins.⁵¹

A inevitável imposição pelos bancos dos termos da contratação ocorre em contratos não de consumo padronizados e de adesão, como aqueles utilizados quando as pessoas aplicam economias no mercado financeiro, seja efetuando depósitos em poupança, ou participando de fundos de investimento, ou ainda adquirindo ações com cotação em bolsa.⁵² Outrossim,

48 Como ressalta Cláudia Lima Marques, há um grau mais elevado de “poder de imposição” nos *contratos cativos de longa duração*, superior ao conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados (MARQUES, 1998, p. 78).

49 Os chamados “contratos relacionais” vêm sendo estudados desde o final do século XX. Como bem observa Fernando Noronha, nesta categoria há duas realidades. Alguns são de longa duração: são os chamados *contratos relacionais de longa duração*, que podem ser tanto interempresariais como de consumo. No âmbito das relações interempresariais, são exemplos os contratos de *franchising*, contratos de distribuição ou concessão. Neles a subordinação de uma empresa à outra é quase total, por isso se diz que são *contratos de dependência*, conforme expressão da doutrina francesa. Outros envolvem formas complexas, em que aparecem associados diversos contratos, numa *situação de interdependência, constituindo o seu conjunto uma unidade econômica: cada um mantendo a sua individualidade, mas todos funcionalmente conexos*, por isso são conhecidos como *uniões de contratos*, ou *contratos ligados* (NORONHA, p. 218, 243 e segs.).

50 Contrato bancário “é aquele em que deve intervir necessariamente um banco”. O contrato bancário é utilizado no desenvolvimento de operações típicas, isto é, aquelas que se realizam em torno do crédito como, por exemplo, o depósito bancário, o mútuo bancário, a aplicação financeira, o desconto bancário, etc.. Mas também é utilizado em outras situações que não envolvem especificamente o crédito, nas chamadas operações atípicas como a cobrança de títulos e o recebimento de tarifas e impostos, onde o banco age como prestador de serviços (COELHO, 1994, p. 174-175).

51 SOUZA, James J. Marins de. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º 18, p. 94-104, abr./jun. 1996, p. 100.

52 NORONHA, 2002, p. 243.

a determinação unilateral pelo banco também ocorre nos contratos em que as microempresas buscam capital para investimento em bens de produção.

Assim, mesmo fora das relações contratuais de consumo, a “bancari-zação” impõe a todos, empresários e não-empresários, aquele tipo de relação contratual em que o aderente está no dilema “pegar ou largar”, sem opções de escolha diante das ofertas contratuais praticamente iguais realizadas pelos predisponentes (as instituições financeiras). No entanto, como se sabe, mesmo que o aderente seja uma empresa, sempre precisa contratar para realizar operações de cobrança, pagamento, obter recursos de investimento, capital de giro, etc., que são essenciais para sua sobrevivência no mercado.⁵³ Por isso, Mônica Y. Bierwagen tem razão ao assinalar que:

Atualmente, entretanto, considerando que a massificação das relações contratuais é inegável fator de restrição à possibilidade de escolha, quer quanto aos sujeitos, quer quanto ao conteúdo do negócio, atingindo não só consumidores, mas também microempresas, empresas de pequeno e médio porte – que para sua sobrevivência necessitam submeter-se ao poderio econômico de grandes corporações ou conglomerados –, é evidente que não se pode falar em paridade no momento da contratação e, conseqüentemente, em liberdade contratual.⁵⁴

Como se observa, ao constatar a massificação das relações contratuais e o fim da liberdade contratual também nos contratos civis e empresariais, é preciso reconhecer a utilização de contratos padronizados e de adesão e toda a problemática da submissão ao poder do mais forte. Como evidencia Ana Prata, a proteção contra cláusulas abusivas não interessa apenas aos consumidores. Há apenas uma parcial coincidência entre a área dos contratos de adesão e aquela que se refere com a fórmula “tutela do consumidor”, pois não são apenas os consumidores que se apresentam como sujeitos carecedores de tutela nos “contratos de adesão”.⁵⁵

53 James Marins assinala “a existência de uma específica vulnerabilidade empresarial do plano das relações bancárias, sobretudo tendo-se em vista que tais contratações sempre se enquadram como típico contrato de adesão” (SOUZA, 1996, p. 102-103).

54 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30-31.

55 PRATA, 1985, p. 395-396, nota 785.

2.2 O âmbito de proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC

No ordenamento jurídico brasileiro existe um regime específico de proteção contra cláusulas abusivas somente para os contratos de consumo; fora deles, mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, são muito poucas as novidades nesta matéria.⁵⁶ Verifica-se que o CDC estabelece um rol exemplificativo de possíveis cláusulas abusivas, com presunção absoluta de que elas desequilibram o contrato de consumo, sendo ou não padronizado e de adesão (art. 51 do CDC). É sem valor a análise da má-fé ou premeditação para o abuso. O contrato de consumo em que não há presunção de equilíbrio na relação, deverá obedecer a ordem pública legal. Para a modificação das cláusulas no contrato de consumo basta a desproporcionalidade (art. 6º, V, 1ª parte), ou a verificação da “vantagem exagerada” que ofenda princípios como o do justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (art. 51, § 4º), ou que restrinja direitos e obrigações decorrentes da natureza do contrato, do interesse das partes e das demais circunstâncias do caso concreto (art. 51, 1º, I, II, III). Deduzida a pretensão em juízo, o juiz, se estiverem presentes as circunstâncias referidas no art. 6º, VIII, do CDC, deve inverter o ônus da prova.⁵⁷

⁵⁶ Uma parte da doutrina acredita que, em termos gerais, a perspectiva do novo Código Civil, de 2002, é a mesma do antigo. Ainda que se considerem os avanços entre os arts. 421 e 424, tudo isso está muito aquém da proteção contra cláusulas abusivas instituída no CDC e das exigências da nova realidade contratual, especialmente pela forma tímida e franciscana de tratamento dos contratos padronizados e de adesão (NORONHA, 2002, p. 302; BIERWAGEN, 2002, p. 31 e 75; MACEDO, 1995, p. 103). Segundo Gustavo Tepedino, o Novo Código Civil de 2002, procurando ser “neutro e abstrato”, não conseguiu repercutir a introdução de uma nova postura orientada pelos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de direito delineado pelo constituinte (TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01-16; FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a, p. 128-129; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54-56; BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 203-210). Para uma visão bem mais otimista, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 348-377.

⁵⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 23.

Em síntese, o CDC introduziu a revisão contratual sob uma nova visão da teoria do abuso do direito, fundada no desvio do direito de sua finalidade econômica e social, da boa-fé, da proporcionalidade e da justiça (ou equilíbrio) contratual. Mas, o Direito do Consumidor rege especialmente as relações entre fornecedores e consumidores. Os contratos de consumo, em princípio, são os únicos que recebem especial “proteção contratual” prevista no CDC. Muitos contratos entre “partes fortes” e “frágeis”, por não serem de consumo, não estão, *a priori*, abrangidos pela “proteção” reservada aos consumidores. As relações contratuais que não possam ser inseridas em relações de consumo, em princípio, estarão excluídas da tutela do CDC, o que significa que os contratos padronizados e de adesão e as cláusulas abusivas não têm nenhum tratamento especial nas demais relações contratuais civis e empresariais.

Então, a fim de saber quais os contratos que não têm proteção específica, convém definir quais as relações que recebem a “proteção contratual” direta do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁸ Para configurar-se uma relação de consumo, é necessário que hajam “produtos ou serviços”, “fornecedor” e “consumidor”. Assim, quando não há um destes elementos, não há proteção específica do CDC.

Por exemplo, para caracterizar o consumidor, é preciso que seja um “destinatário final” dos “produtos ou serviços” (art. 2º, do CDC). Sem entrar na polêmica sobre os vários critérios para definir quem é o consumidor, entre as correntes subjetivista e objetivista, adota-se esta última, segundo a qual é preciso identificar até onde vai o “elo final da cadeia produtiva”.⁵⁹ Compreende-se que as empresas são consumidoras quando

58 Aqui, trata-se de investigar a abrangência do CDC sem qualquer análise sobre a busca de extensão da proteção e sem amparo na noção de “consumidor-equiparado”, conforme o art. 29, do CDC.

59 Segundo Fernando Noronha, entre os objetivistas, além do exposto no texto, há, pelo menos, mais dois critérios para definir o destinatário final: 1) Todos os produtos e serviços de que os empresários se utilizam são bens de produção, portanto eles não podem atuar como consumidores (ao contrário do que preceitua o art. 2º do CDC, que se refere às pessoas jurídicas); 2) O que importa é a natureza do próprio produto ou serviço oferecido no mercado: se se trata de bem oferecido de forma massificada, estará sujeito ao Direito do Consumidor, mesmo que seja adquirido por uma empresa e na condição de insumo. Bens oferecidos em série no mercado teriam de ser tratados pelo CDC: aqui, enfoca-se a posição de quem fornece o bem, ao contrário do que dispõe o CDC (NORONHA, 2002, p. 144-146).

os produtos adquiridos e os serviços prestados não são bens de produção e, portanto, não se inserem na cadeia de produção ou distribuição de bens que caracterize a sua atividade própria. Para a exclusão da aplicação do CDC é importante o conceito de insumo.

Segundo Fábio Ulhoa, o que é *insumo* exclui a destinação final.⁶⁰ Pelo critério da *indispensabilidade estrita*, *insumo* é tudo aquilo que o empresário procura no mercado para colocar na linha de produção e que é estritamente indispensável para o desenvolvimento da atividade econômica. “Quando a atividade econômica puder ser desenvolvida, sem alterações quantitativas ou qualitativas em seus resultados, apesar da falta de determinado bem ou serviço, então a sua aquisição será, juridicamente, consumo, e o empresário estará tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor”.⁶¹ Por outro lado, se estiverem em causa elementos imprescindíveis para a produção dos bens ou serviços pela empresa, de forma que sem eles houvesse aquelas alterações nos resultados, não existirá “destinação final”, pois teremos insumo. Assim, esse empresário estaria excluído do conceito de relação contratual de consumo, porque não é “destinatário final”, portanto, de consumidor não se trata.⁶² Por isso, muitos contratos interempresariais em princípio estão fora da proteção do CDC.

Outro elemento essencial para que se configure uma relação de consumo é descrito no art. 3º do CDC: “fornecedor” é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Esta noção legal de “fornecedor” é clara: importa saber que “de consumo serão os contratos celebrados pela empresa no âmbito da sua atividade econômica,

60 COELHO, 1994, p. 47.

61 COELHO, 1994, p. 50.

62 Exemplificando, “o contrato de fornecimento de energia elétrica ou de serviços de telefonia celebrado entre empresário e a respectiva concessionária configura insumo, posto que a exploração da atividade empresarial não pode prescindir de referido bem e serviço; já a compra de peças de decoração para a sala da administração superior, de presentes de fim de ano aos fornecedores e clientes ou de veículo para o uso de diretor são de consumo, uma vez que não se revelam indispensáveis ao desenvolvimento da empresa” (COELHO, 1994, p. 50.). Contudo, cabe ressaltar que o próprio autor considera que este critério não é infalível.

que disserem respeito à alienação de produtos ou à prestação de serviços e tiverem consumidores como contrapartes”.⁶³

Aqui, a noção de *atividade econômica* se mostra importante para fixar quem é o fornecedor. Essa é a atividade “profissionalmente organizada, de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços” (art. 966 do C.C., e art. 3º do CDC). Por exemplo, não haverá relação de consumo quando um cidadão comum vende a outro um veículo usado, ou dá em locação um apartamento,⁶⁴ ou mesmo quando o profissional vende objeto seu, sem qualquer relação com a atividade comercial. Se de um lado não há fornecedor, então, não há contrato de consumo; mesmo que do outro lado ainda haja um consumidor, em princípio, este estaria excluído da proteção do CDC. Em hipóteses como estas, as relações contratuais que apresentarem cláusulas abusivas aparecem problemáticas.

Na doutrina, vários autores se manifestam enfocando o problema das cláusulas abusivas e seu tratamento diferenciado fora do âmbito do Direito do Consumidor. Noronha salienta os contratos unilateralmente empresariais (de fornecimento, quando o fornecedor não é empresário), os contratos interempresariais (compra e venda, franquia, distribuição, faturização, etc.) e os contratos entre singulares, quando de um lado se puder dizer que haja um consumidor;⁶⁵ Carlos Alberto Bittar destaca os contratos associativos (como concessão comercial, franquia, *joint venture*, etc.);⁶⁶ Lima Marques lembra os contratos bancários em geral, entre outros;⁶⁷ Cláudio Santos refere-se aos contratos de locação não residencial, como os contratos de locação em *shopping center*;⁶⁸ James Marins também destaca

63 NORONHA, 2002, p. 222.

64 Segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “a idéia de atividade é o que caracteriza o conceito de fornecedor. Atividade essa que pode ser rotineira ou eventual”. Adiante explica: “Logo, numa típica relação de locação de imóvel, na qual figuram duas pessoas, uma locadora e outra inquilina, mas não sendo a locadora, fornecedora pela qualificação do CDC, este não tem aplicação”. Pois, “somente poder-se-ia falar em fornecedor se o locador desenvolvesse atividade de locação de imóveis” (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 271).

65 NORONHA, 2002, p. 224 e seg.

66 BITTAR, 1990, p. 170-171.

67 MARQUES, 1998, p. 153-154.

68 SANTOS, Francisco Cláudio Almeida. A locação de espaço em “*shopping centers*”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 680, jul. 1992, p. 09-22.

os contratos bancários, de franquia, *know-how*, faturização, entre outros;⁶⁹ Edilson Pereira Nobre Júnior destaca, entre outros, os contratos de transporte de bens para a revenda;⁷⁰ Roberto Senise Lisboa menciona os contratos de direitos autorais e contratos agrários;⁷¹ Fábio Ulhoa Coelho⁷² e Nelson Nery Júnior⁷³ também destacam, genericamente, contratos regidos pelo Direito Civil e Empresarial, como portadores dos mesmos problemas dos contratos de consumo.

Os autores, em geral, de uma maneira ou de outra, lembram o “contrato de adesão”, assim chamado pela maioria, como sendo merecedor de tratamento especial, diante da manifestação do poder econômico do predisponente e da ampla possibilidade de imposição de cláusulas abusivas. É a partir dos princípios do Direito dos Contratos e do direito fixado no CDC que destacam a necessidade de verificação das possibilidades de extensão da tutela contra cláusulas abusivas, já prevista para os consumidores, diante de determinados critérios (às vezes, ainda indeterminados).⁷⁴

69 SOUZA, 1996, p. 94-104.

70 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.27, p. 57-77, 1998, p. 74.

71 LISBOA, 1997a, p. 447-448 e 480.

72 Fábio Ulhoa assinala: “Como o formato da contratação por adesão decorrente do cálculo empresarial se manifesta também nas relações interempresariais e civis, é de pesquisar em que condições a moderna disciplina de tutela contratual do Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicada por via analógica, na proteção de aderentes a contratos estranhos à relação de consumo” (COELHO, 1994, p. 130).

73 NERY JÚNIOR, 1999, p. 470-471.

74 Assinala Fernando Noronha: “Aliás, deve dizer-se desde já que a cláusula abusiva não é privativa dos contratos de consumo, apesar de ser este tipo contratual o campo por excelência de sua proliferação”. Após citar vários exemplos de contratos não de consumo que se têm revelado campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas, o autor conclui: “Mesmo nesses contratos não de consumo, a cláusula abusiva poderá ver questionada a sua validade se figurar em contratos padronizados e de adesão, porque, como vimos em capítulo anterior, não existindo prévia negociação sobre o conteúdo contratual ou como sendo ela ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, como pressuposto pela justiça formal” (NORONHA, 1991, p. 346-347). Seguindo essa linha, a mesma preocupação revela Renata Mandelbaum: “No Código de Defesa do Consumidor, são os contratos de consumo, exclusivamente, que são objeto de proteção contratual e mais especificamente de proteção contra as cláusulas abusivas, devemos, no entanto, observar que o estabelecimento das cláusulas abusivas não se limita ao âmbito do consumo, atingindo outras áreas da atividade mercantil e negocial, não amparadas pelo ordenamento, devendo ser esta a preocupação dos nossos juristas nos próximos anos: estender o controle do contrato e a proteção aos contratantes aderentes em todas as modalidades de contrato de adesão e/ou padronizados, em todas as situações em que o co-contratante se depare com o estabelecimento unilateral das condições gerais” (MANDELBAUM, 1996, p. 245).

Outrossim, a doutrina observa que é necessário evitar as incongruências do sistema jurídico, procurando o mesmo tratamento aos mais fracos em todas as situações. Tais dissonâncias são criadas toda vez que se subestima os efeitos do poder do mais forte, a padronização e as possibilidades de imposições ilegítimas na aplicação do direito fora das relações de consumo. Não tendo em conta essas questões, situações similares as do consumo não recebem atenção. Mas, por outro lado, diante da legislação vigente, considerar a tutela consumerista aplicável diretamente no âmbito de relações jurídicas não de consumo seria desvirtuar tanto o Direito do Consumidor como o Direito Civil e Empresarial.⁷⁵

2.3 Questões para análise das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais

O enfoque especial da realidade dos contratos civis e empresariais contemporâneos avulta o seguinte problema: é possível sustentar a revisão contratual e a anulação de cláusulas abusivas para a proteção do contratante vulnerável nas relações contratuais padronizadas e de adesão, tradicionalmente regidas pelo Direito Civil e Comercial? Dito de outro modo: existe a possibilidade de ampliação da tutela prevista para o consumidor às outras relações que não sejam de consumo, como é o caso das relações interempresariais, de algumas somente unilateralmente empresariais, e das entre cidadãos singulares?

À luz do CDC, lastreando a visibilidade para outros âmbitos, constata-se uma “lacuna”, em especial nos contratos padronizados e de adesão não de consumo. Todavia, parece que o próprio CDC aponta para a possibilidade de extensão do regime protetor por ele estabelecido quando, no seu art. 29, manda aplicar as matérias dos Capítulos V e VI nos contratos celebrados com as pessoas que, embora não sendo consumidores, a eles são equiparadas por este preceito. Por isso, faz-se imperioso investigar as seguintes questões: que tratamento devem ter as cláusulas abusivas que aparecem fora dos contratos de consumo? Será possível a aplicação analógica das normas do CDC? Qual é a proteção designada pelo art. 29 do CDC?

75 NORONHA, 2002, p. 164.

Sob uma análise interpretativa profunda, verificando a similitude de situações, o CDC pode ser um importante canal para oferecer proteção, além do seu âmbito específico. Observe-se que, se a “vulnerabilidade” (art. 4º, I, do CDC) é a justificativa do regime de proteção dos consumidores, então, qual o tratamento jurídico merecido por alguém que contrata fora do consumo, mas na condição de “vulnerabilidade”? De que forma esta pessoa poderá invocar a tutela dos consumidores? Ao tomar em consideração essas questões, e o comando do art. 29 do CDC, verifica-se que muitos daqueles que ficarem fora do âmbito das relações contratuais de consumo não ficam desprotegidos.

Diante da falta de um regime específico, o intérprete atento à incidência de situações similares às que ocorrem nas relações de consumo, pode utilizar-se do indicativo previsto na disposição do art. 29 do CDC para encontrar a solução mais adequada e congruente com o sistema jurídico atual.⁷⁶ Ora, se foi a padronização, a desigualdade de poder negocial e a vulnerabilidade do contratante mais fraco que conduziram o legislador a dar especial proteção aos consumidores no mercado,⁷⁷ agora, uma vez verificada essa realidade nas relações civis e empresariais, “o direito não pode minimizar esta situação sociológica de submissão ou sujeição e continuar a proceder como se estivesse perante uma normal aceitação, a não ser... a não ser que o direito se queira comportar como uma arte de negar com método as realidades sociais”.⁷⁸

Será necessário que o contratante esteja numa situação de “constrangimento”, relacionada a uma necessidade do consumo (como de alimenta-

76 Uma possibilidade é a aplicação analógica de preceitos do CDC, mas isso não será analisado aqui. Para Larenz, analogia é “a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, ‘semelhante’ àquela”. Na analogia *legis*, “a transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais não-de ser *identicamente valoradas* nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 540-541). Segundo Ferrara, a analogia funda-se “no conceito de que os fatos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais fatos encontra já no sistema a sua disciplina, esta forma o *tipo* do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há de governar os casos afins” (FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978, p. 158).

77 NORONHA, 2002, p. 242.

78 MOTA PINTO, 1977, p. 34.

ção, transporte, energia elétrica, etc.),⁷⁹ para que seja merecedor de proteção contra imposições rigorosas e, até, draconianas dos mais fortes? A impossibilidade de um exame interno sobre o conteúdo das imposições dos mais fortes é coerente com os princípios constitucionais da atuação do Estado?

Anote-se que, nessa análise, é preciso observar se o tratamento oferecido aos mais fracos é condizente com os fundamentos da República, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV). Cumpre avaliar, também, no que diz respeito à implementação dos objetivos da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III; art. 170, VII). Por fim, verificar se está garantindo que a ordem econômica se desenvolva “conforme os ditames de justiça social” (art. 170, *caput*). No fundo, todos estes preceitos estão a exigir *democracia econômica, distribuição eqüitativa das liberdades subjetivas de ação, integridade do princípio da livre iniciativa*, e principalmente, a *justiça substancial*.⁸⁰ Neste aspecto, convém levar a sério a investigação sobre a repercussões dos princípios constitucionais na aplicação do Código Civil.⁸¹ Os princípios constitucionais podem auxiliar a adequação do sistema.

Por certo, as cláusulas abusivas surgem nas relações não de consumo entre desiguais, reduzindo as obrigações do mais forte ou agravando as obrigações do mais fraco, gerando uma situação de grave desequilíbrio entre direitos e deveres das partes, ofendendo a justiça (ou o equilíbrio)

79 Como ensina Orlando Gomes, não desperta a atenção dos juristas quando a “adesão se dá sem qualquer constrangimento se a parte pode dispensar o contrato”, mesmo que uma parte possa aproveitar-se da situação de superioridade, ou, ao menos, da situação mais favorável, para a imposição de sua vontade, estabelecendo o conteúdo do contrato (GOMES, 1991, p. 131). A esta concepção é preciso contrapor um novo pensar.

80 Para Márcio Mello Casado: “A visão individualista do século passado, permeada pelo dogma da autonomia da vontade, dá lugar a novas lentes, cujo grau maior é dado pela Carta Maior vigente, que buscam e consideram o contrato como uma forma de geração de riqueza social e construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Acrescenta também que “todos os contratos firmados, sob esta ótica, são objeto de fiscalização do Estado juiz. Não cabe mais somente às partes definir o que pretendem fazer e da forma que o desejam”. E remata: “Há um motivo racional evidente para a tutela da parte vulnerável. O Código Civil e o Código Comercial, ao tratarem igualmente indivíduos desiguais, somente poderão ser aceitos como normas adequadas à Constituição, no caso de o processo de declaração de incidência de seus éditos ser feito de forma crítica e adequada à nova noção de direito privado. Caso contrário, a inconstitucionalidade será inevitável” (CASADO, 2000, p. 20 e 24).

81 Entre outros, TEPEDINO, 2001, p. 01-16; LOTUFO, Renan. (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999; NALIN, 2001, p. 25-26.

contratual e, às vezes, também outros princípios gerais do Direito dos Contratos. Todavia, se é assim, observando os fundamentos dos quais resulta o controle da abusividade na contratação, uma interpretação que procura a “coerência horizontal de princípios do direito” conduz à seguinte indagação: se as cláusulas abusivas ofendem os princípios fundamentais do Direito dos Contratos, estes não possibilitarão a aplicação da revisão contratual e a nulificação da abusividade em toda e qualquer contratação?

Deveras, será que o princípio do equilíbrio contratual não permite o controle das cláusulas abusivas em todos os contratos por causas como: quebra da relação de equivalência entre direitos e obrigações, desequilíbrio grave, ou, ainda, a desproporcionalidade das prestações? E, às vezes, não se poderá apelar também ao princípio da boa-fé, quando o desequilíbrio surgir mascarado em estipulações que defraudam deveres de lealdade pressupostos pela boa-fé?⁸² Em tudo isso, não haveria necessidade de recorrer a figuras como a lesão ou a superveniente onerosidade excessiva (e às teorias da imprevisão e da base negocial), que são as mais reconhecidas até o momento no âmbito civil e empresarial?

Ora, a teoria do contrato precisa ir além dos avanços provenientes da discussão em torno da previsibilidade ou não das circunstâncias supervenientes e da consideração de fatores objetivos, para equilíbrio *no decorrer da relação contratual*.⁸³ Se não admitir a revisão contratual e a anulação de

82 Os princípios gerais dos contratos têm força deontológica. “A integração da lacuna da lei por via de um recurso a um princípio insito na lei, funda-se em que a situação de fato não regulada expressamente na lei é aquela a que o princípio (igualmente) se refere, sem que aqui intervenha um princípio contrário” (LARENZ, 1997, p. 541).

83 Em razão do alcance limitado da revisão contratual e anulação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, é mais comum falar em “preservação do equilíbrio das prestações entre os contratantes *no decorrer da relação contratual*”. Pouco se discute sobre o equilíbrio no momento da formação do contrato. Os maiores debates da teoria da revisão contratual giram em torno da previsibilidade ou não das circunstâncias supervenientes e da consideração de fatores objetivos como a perda da equivalência das prestações e a frustração da finalidade do contrato para ensejar a revisão. Além do disposto no art. 478 e seguintes do Código Civil, busca-se apoio no art. 6º, inciso V, 2ª parte do CDC para destacar que a atual objetivação do contrato “exige que não sejam mais super valorizadas as intenções subjetivas das partes no momento da contratação”. Sob a influência da teoria da quebra da base objetiva de Larenz, avança-se no sentido de desconsiderar a previsibilidade ou a imprevisibilidade das circunstâncias (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por onerosidade superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 279-306, p. 288).

cláusulas abusivas de maneira geral, independente de qualquer situação, continuará em débito com o dogma da vontade livre porque subestima que o contrato pode nascer desequilibrado. Como ficou visto, a realidade dos contratos padronizados e de adesão, demonstra que há apenas aparência de liberdade das partes, uma vez que a definição dos termos contratuais é unilateral. Esta situação coloca um problema fundamental, pois um direito pressupõe a *universalidade efetiva do igual direito*.

Ademais, esta situação problemática em termos de justiça formal e igualdade de oportunidades no processo de contratação é agravada pela busca de caminhos ocultos, com renovadas tentativas de cláusulas sempre novas, inteligentemente elaboradas com o fim de conduzir à violação dos direitos da parte vulnerável. Aqui está o ponto em que, por causa da liberdade contratual da parte mais forte, é tocado o interesse da generalidade. Porém, se a liberdade contratual só se justifica através da premissa da utilização nos limites da *função social* (art. 421, do C.C.), o Judiciário não deveria estar pronto a intervir para que isso se efetive?

Será importante verificar a fundo essas questões, pois elas interessam precisamente a muitos contratantes, sejam os fornecedores não empresários, quando firmam contratos unilateralmente empresariais; sejam os microempresários em contratos padronizados e de adesão com macroempresas; sejam consumidores envolvidos em relações com alguém que não pode ser qualificado como fornecedor, como são aqueles contratos firmados entre pessoas singulares. Enfim, dependendo da resposta que se dê às tais questões, eventualmente, todas essas pessoas e entidades poderão se beneficiar de melhor proteção contra cláusulas abusivas. Afinal, a principal responsabilidade do Estado é proteger os interesses de cada membro da comunidade, especialmente os interesses de quem não pode proteger-se por si mesmo.

Conclusão

O tratamento dado atualmente aos contratos padronizados e de adesão regidos pelo direito civil e empresarial, segundo os mesmos princípios que regem o contrato paritário, no que diz respeito ao controle

do respectivo conteúdo, conduz a denegar qualquer proteção à parte mais fraca. As normas supletivas são sistematicamente substituídas por iniciativa exclusiva de um dos sujeitos: o mais forte. O equilíbrio razoável de interesses e a justiça comutativa são afastados, criam-se riscos, ônus, caducidades para o aderente, alijam-se obrigações de garantia, exclui-se ou limita-se a responsabilidade do lado do estipulante. Enfim, a recusa em controlar o caráter equitativo do conteúdo dos contratos padronizados e de adesão, ou a promoção de um controle apenas nos escassos limites erigidos para os contratos negociados, em nome da liberdade de fixação do conteúdo contratual e do “*pacta sunt servanda*”, para os aderentes acaba significando a desproteção completa diante dos perigos próprios desses contratos.

É falacioso dizer que os problemas relacionados com os contratos de adesão assumem importância quando o aderente é um simples consumidor final, afirmando que as necessidades de proteção não se fazem sentir se estiverem frente a frente sujeitos de relações contratuais civis e comerciais porque a posição econômica das partes neste caso é semelhante ou porque se forem duas empresas, ambas se utilizarão de “cláusulas contratuais gerais”.

Efetivamente, a realidade contratual moderna, baseada no contrato padronizado e de adesão, em geral, tem uma das partes em situação de *inferioridade* e *desigualdade de poder negocial*. Esta condição da parte mais fraca impossibilita-a de fazer valer a sua posição e chegar num acordo sobre os interesses envolvidos, impondo-se as condições mais favoráveis ao predisponente. É um problema comum, seja nas transações entre sujeitos singulares não-empresários, entre empresas e seus fornecedores não empresários, ou mesmo entre uma empresa e outra. A desigualdade econômica das partes e as cláusulas abusivas fazem parte de uma realidade constante nas relações civis e empresariais. É o que ocorre nas relações entre industrial e agricultor, instituição financeira e comerciante, banco e poupador, fabricante e distribuidor, franqueador e franqueado, concedente e concessionário, facturizador e facturizado, proprietário de *shopping center* e lojista, locador (singular) e locatário. Enfim, aparecem em muitas relações interprivadas que, em princípio, não estão albergadas pelo CDC.

O mesmo desequilíbrio que marca as relações entre empresas e consumidores se repete em intensidade diversa nesses relacionamentos con-

tratuais, em que há quase sempre um parceiro capaz de determinar a sorte dos negócios. Basta verificar que pequenos fornecedores de macroempresas muitas vezes estão em condições de “dependência” similar à dos trabalhadores ou, ainda, têm um nível de consumo bem menor que muitos consumidores. A empresa estipulante encontra-se, relativamente a estes aderentes, numa situação de força propícia à exploração, à imposição de abusos, etc. Em todos estes casos justifica-se igualmente um controle contra cláusulas abusivas ditadas pelo predisponente.

A fim de uma nova perspectiva para essa realidade, espalha-se a idéia de que o Estado Social precisa assumir a responsabilidade de realizar o exame interno sobre o conteúdo das relações contratuais civis e empresariais. Um dos caminhos para a assunção dessa função é a admissibilidade da *revisão judicial* e *nulificação de cláusulas* que criam uma situação de *grave desequilíbrio* contratual, em todas as esferas da contratação privada. É o que se defende neste estudo, dando um passo a mais para distanciar-se da concepção liberal clássica do Direito dos Contratos, buscando a coerência na implementação dos objetivos de *materialização da distribuição equitativa de liberdades subjetivas de ação* e de *justiça substancial*.

Visualiza-se um novo papel de *fiscalização do conteúdo do contrato*, que pode ser atribuído em parte ao Judiciário, através da revisão contratual e invalidação de cláusulas abusivas, em especial no âmbito da contratação padronizada e de adesão em relações civis e empresariais. O controle interno do conteúdo contratual deve sustentar-se sempre que a parte mais forte, aproveitando-se do seu poder negocial ou da situação de desigualdade, predispõe cláusulas no contrato que, por um lado, internalizam direitos e benefícios, e por outro lado, externalizam custos, impondo à contraparte (mais fraca) obrigações, encargos, ônus, etc., desequilibrando a relação. Para a declaração de nulidade de tais cláusulas, basta que o aplicador do direito tenha presente alguns critérios; em especial, a contratação padronizada e de adesão, a prova da vulnerabilidade, a disparidade de poder negocial e a falta de justiça (ou de equilíbrio) contratual.

Por derradeiro, cabe dizer que se poderia estudar a ruptura com os postulados da teoria do Estado Social. Note-se que esta teoria e suas instituições criadas estão em débito com as noções de democracia radical. Além

disto, às vezes, apresenta uma compreensão paradigmática do direito um tanto ingênua, acreditando que, ao mobilizar o ativismo judiciário deva contribuir para mudar a sociedade, especialmente suas relações de produção. Aqui, no entanto, o objeto de preocupação é apenas a coerência do seu projeto em vista da justiça substancial. Acredita-se que isto pode trazer alguma contribuição para a transformação da atuação do Estado.

Referências

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 20, out./dez.1996, , p. 25-70.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A revisão contratual por onerosidade superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de adesão e o sancionamento das cláusulas abusivas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.º 648, 1989.

_____. As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 27, n.º 106, abr./jun. 1990.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 256.456, São Paulo, Apelação Cível 2000/0039981-7, Brasília, julgado em 22 de março de 2001 e publicado em 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2003.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas Abusivas. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 16, out./dez. 1995.

GALDINO, Valéria da Silva. **Cláusulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 6, abr./jun. 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho agrário, locação, autor. São Paulo: RT, 1997a.

_____. Princípios gerais dos contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, n.º 745, 1997b.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOTUFO, Renan. (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO, Elaine Harzheim. Contrato de adesão: controle judicial dos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 15, jul./set. 1995.

MAGRIN, Andréia M. O. Controle dos atos de concentração empresarial pelo CADE. In: HENTZ, Lui Antônio Soares (Coord.). **Obrigações no novo direito de empresa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: RT, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3 ed. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1985.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 27, 1998.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas**. São Paulo: USP, 1991. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo, 1991.

_____. **Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor**. (mimeo). Florianópolis: UFSC, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 257, 1977.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985.

ROSA, Josimar Santos. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 1994.

SANTOS, Francisco Cláudio Almeida. A locação de espaço em “*shopping centers*”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 680, jul. 1992.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: espaço e tempo: razão e emoção**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

_____. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHWAB, Dieter. Validade e controle das “condições gerais de negócios”. Tradução de Peter Walter Ashton. **Ajuris**. Porto Alegre, n.º 41, nov. 1987.

SOUZA, James J. Marins de. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 18, abr./jun. 1996.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WALD, Arnold. Do contrato de adesão no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 17, n.º 66, abr./jun. 1980.