

**SISTEMA NORMATIVO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

---

**Cinara Palhares\***

**Resumo:** A nova forma de contratação consistente nos contratos com cláusulas gerais (ou contratos de adesão), na qual o fornecedor redige unilateralmente o contrato e o consumidor simplesmente adere, revelou-se um campo fértil para a estipulação de cláusulas abusivas. Todavia, as cláusulas abusivas podem ocorrer não só nos contratos de adesão e de consumo, mas também nos contratos individualmente negociados e tipicamente civis, sobretudo quando há disparidade de poder negocial entre as partes. Daí por que os sistemas normativos relativos a cláusulas abusivas existentes no direito comparado oscilam entre o enfoque na forma de contratação e aquele dado na consideração do tipo de relação jurídica, tratando do tema em lei específicas relativas aos contratos com cláusulas gerais ou no âmbito da legislação consumerista, ou, ainda, adotando um sistema misto, contendo os dois enfoques. Este trabalho tem a pretensão de analisar qual o sistema normativo vigente no Brasil e verificar se ele é o mais adequado para abranger todas as situações que envolvem a proibição de cláusulas abusivas.

**Palavras-chave:** cláusulas; abusivas; consumidor.

## 1 Nova realidade contratual na sociedade de consumo pós-moderna

A proibição às cláusulas abusivas nas relações contratuais não é exclusividade da sociedade de consumo pós-moderna. Basta lembrar as proibições à lesão que remontam ao direito romano<sup>1</sup>, às cláusulas potestativas (Código Civil (CC) de 1916,

\* Doutoranda em Direito Civil da Universidade de São Paulo (USP), mestra em Direito Civil pela USP, especialista em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária (CEU). Juíza de Direito substituta do Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>1</sup> O repúdio à lesão remonta ao Direito Romano, sendo referida na Lei Segunda (286 d.C.) e na Lei Oitava (294 d.C.), o qual tratava a *laesio enormis* como a venda do bem imóvel por menos da metade do seu valor, o que tornava possível o desfazimento do negócio (PEREIRA, 2002).

art. 115, e CC de 2002, art. 123), ao pacto comissório e, de maneira geral, aos pactos contrários à ordem pública e aos bons costumes.

Todavia, com a consolidação da sociedade de consumo, a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova forma de contratação, na qual os fornecedores de produtos e de serviços preestabelecem as cláusulas contratuais, criando instrumentos padronizados aos quais os consumidores simplesmente aderem: são os chamados contratos de adesão ou, como no direito estrangeiro, condições gerais de contrato. Essa nova forma de contratação representa uma racionalização e especialização da prática jurídico-econômica, já que permite que as grandes empresas uniformizem os seus contratos, favorecendo o dinamismo das relações jurídicas<sup>2</sup>.

Nesse contexto, as relações contratuais, cujos regramentos passaram a ser redigidos unilateralmente por entes privados, desprovidos de qualquer legitimidade pública, que agem na defesa de interesses próprios, tornaram-se cada vez mais suscetíveis à prática de abusos. A autonomia negocial ficou reduzida à possibilidade de aderir ou não ao regulamento contratual estabelecido pela parte mais forte da relação contratual. Não há, portanto, nesses contratos, um verdadeiro sinalagma, no sentido clássico do termo.

Nessa nova forma de contratação, existe sempre a tentação de o estipulante redigir o contrato da forma que mais lhe favoreça, incluindo cláusulas abusivas que desequilibram a relação, onerando excessivamente o aderente, que por vezes não toma conhecimento do regulamento contratual ao qual adere, ou, mesmo tendo conhecimento, nada pode fazer, porque as condições não são negociáveis. Tornou-se, portanto, necessária a intervenção do Estado para assegurar o equilíbrio nessas relações contratuais<sup>3</sup>, por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No âmbito do Poder Legislativo, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, que trouxe uma lista de cláusulas abusivas, nulas de pleno direito; no âmbito do Poder Executivo, as agências reguladoras passaram a regulamentar o fornecimento de serviços essenciais, além de o Ministério da Justiça editar, de tempos em tempos, portarias contendo listas de cláusulas abusivas que devem ser consideradas nulas nos contratos de consumo; no âmbito do Poder Judiciário, passou-se a admitir a intervenção judicial nos contratos para corrigir abusos e reequilibrar a relação jurídica.

A proibição às cláusulas abusivas, portanto, ganhou relevância com a multiplicação dos contratos de adesão, pois, nessa forma de contratação, as cláusulas são predispostas por uma das partes, propiciando o estabelecimento de condições

<sup>2</sup> Segundo Bauman (1999, p. 91-92): "Para aumentar sua capacidade de consumo, os consumidores não devem nunca ter descanso. Precisam ser mantidos acordados e em alerta sempre, continuamente expostos a novas tentações, num estado de excitação incessante – e também, com efeito, em estado de perpétua suspeita e pronta insatisfação. As iscas que os levam a desviar a atenção precisam confirmar a suspeita prometendo uma saída para a insatisfação: 'Você acha que já viu tudo? Você ainda não viu nada!'".

<sup>3</sup> Cláudia Lima Marques (1996) destaca a necessidade de proteção da *vontade real* do consumidor: "No direito comparado observa-se que as técnicas legislativas de proteção aos consumidores em matéria de contratos envolvendo crédito visam inicialmente garantir uma nova proteção da vontade dos consumidores, isto é, garantir uma *autonomia real da vontade do contratante mais fraco*. Uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, uma vez que a concessão do crédito ao consumidor está ligada faticamente a uma série de perigos, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, insolvência, abusos contratuais, etc."

que lhe favoreçam e que oneram excessivamente o aderente. Contudo, os contratos de adesão não são o único terreno para a verificação de cláusulas abusivas, uma vez que, mesmo quando as cláusulas contratuais são livremente acordadas pelas partes, a parte mais forte na relação contratual, abusando da hipossuficiência ou da premente necessidade da outra parte, estipula as condições que mais lhe favoreçam.

Mesmo nas relações civis é possível verificar a estipulação de cláusulas abusivas, seja em contratos de adesão firmados em relações puramente civis – por exemplo, num contrato de franquia –, seja em contratos individualmente negociados, em que uma das partes abusa da sua posição de superioridade na relação contratual, que pode ocorrer por diversos fatores – por exemplo, num contrato de representação comercial, em que o representante, em regra, está em posição de submissão em relação ao representado. Vale lembrar que, na sua origem, as cláusulas abusivas ocorriam em relações puramente civis (lesão, cláusulas potestativas etc.).

Daí a dificuldade em estabelecer um sistema normativo uniforme para as cláusulas abusivas, uma vez que elas podem ocorrer tanto em relações civis quanto em relações de consumo, tanto em contratos de adesão quanto em contratos individualmente negociados. Essa dificuldade de sistematização pode ser observada na análise do direito comparado, uma vez que as leis editadas para regulamentar essa nova realidade contratual surgiram de uma demanda social específica, ora dando enfoque à forma de contratação (contratos padronizados, com cláusulas contratuais gerais, formados por adesão da contraparte), ora dando enfoque aos sujeitos envolvidos na contratação (relações de consumo).

O presente trabalho intenta demonstrar que um ordenamento jurídico que tenha a pretensão de conferir uma tutela completa e sistemática contra as cláusulas abusivas deve enfatizar tanto o aspecto objetivo (forma de contratação) quanto o aspecto subjetivo (sujeitos envolvidos na relação contratual). Partindo da análise do direito comparado, pretendo sugerir um sistema normativo mais adequado para as cláusulas abusivas e condições gerais do contrato no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 Cláusulas abusivas e condições gerais de contrato no direito comparado**

No direito comparado, é possível identificar três modelos de tutela jurídica das cláusulas abusivas: 1. tutela especialmente dirigida à forma de contratação mediante condições contratuais gerais; 2. a proibição às cláusulas abusivas no âmbito das relações de consumo; e 3. a mescla da regulamentação da forma de contratação mediante condições contratuais gerais com a consideração dos sujeitos envolvidos na contratação. Do primeiro, é exemplo a Alemanha; do segundo, a França, a Itália e o Brasil; e, do último, Portugal e Espanha.

Antes de analisar especificamente o regramento de cada país, é importante mencionar que, em 1993, foi editada a Diretiva da Comunidade Europeia nº 13, que disciplinou as cláusulas abusivas da seguinte maneira:

Artigo 3º 1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. 2. Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.

Note-se que a Diretiva europeia considerou apenas as cláusulas abusivas no âmbito dos contratos de adesão, ou seja, aqueles cujas cláusulas tenham sido redigidas previamente, sem que tenham sido objeto de negociação. Além disso, limitou a tutela às relações de consumo, ao prever que

[...] os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional (art. 7º).

Previu, ainda, no anexo, um rol indicativo e não exaustivo de cláusulas que podem ser consideradas abusivas, a ser minimamente considerado pelos Estados-membros.

Mesmo antes da edição da Diretiva nº 13/93, alguns países já dispunham de estatutos jurídicos regulamentando as condições gerais de contratação. Na Alemanha, o AGB-Gesetz de 1976 regulamentava as condições gerais de contrato, prevendo a forma de sua inclusão nos contratos individuais (§ 2º do AGB-Gesetz), bem como a proibição de cláusulas contratuais que onerassem excessivamente o parceiro contratual, em desacordo com os ditames da boa-fé (§ 9º do AGB-Gesetz), ou seja, as cláusulas abusivas. Esse mesmo diploma previa ainda um rol de cláusulas sujeitas ao “teste de razoabilidade” (§ 10º do AGB-Gesetz) e um rol de cláusulas não sujeitas ao referido teste e, portanto, absolutamente nulas, independentemente do contexto em que foram inseridas (§ 11º do AGB-Gesetz).

Com a reforma do Código Civil alemão (BGB) em 2002, o AGB-Gesetz foi revogado, e o regramento das condições gerais de contrato passou para os parágrafos 305 a 310 do BGB, incorporando um verdadeiro microsistema de regramento dos contratos com cláusulas predispostas (também chamados contratos padronizados, *standards*, ou com cláusulas gerais), dividido em: regras que dizem respeito à incorporação das cláusulas gerais em contratos individuais e regras relativas ao conteúdo das cláusulas gerais.

Com relação ao conteúdo das cláusulas, o BGB manteve a mesma estrutura do AGB-Gesetz, prevendo uma norma geral que define cláusula abusiva, utilizando o parâmetro da boa-fé objetiva (§ 307), e duas normas contendo listas de cláusulas abusivas, uma cuja invalidade depende de apreciação diante do caso concreto (§ 308) e outra cuja invalidade não está sujeita a qualquer apreciação

(§ 309). Essas listas passaram a ser denominadas de lista cinza, que se aproxima do conceito de nulidade relativa, e lista negra, equivalente à nulidade absoluta ou de pleno direito.

Apesar do mérito em prever uma cláusula geral de abusividade, tendo como parâmetro a boa-fé, e listas de cláusulas abusivas, que auxiliam na concretude do conceito, o sistema normativo alemão das cláusulas abusivas não está isento de críticas. Note-se que, além de limitar o regramento aos contratos padronizados, não distinguiu entre relações civis e relações de consumo, já que os §§ 305 a 310 incidem independentemente do sujeito envolvido. Dessa forma, o regramento é insuficiente por deixar de fora os contratos não padronizados, que também são suscetíveis às cláusulas abusivas, além de não conter qualquer norma que indique um caráter mais protetivo às relações de consumo, muito embora muitas das cláusulas previstas nas listas cinza e negra digam respeito a contratos que envolvem fornecimento de bens ou serviços.

Outros países, como a França e a Itália, trataram da proibição às cláusulas abusivas no âmbito dos códigos de consumo, em decorrência da expressa exigência da Diretiva europeia sobre cláusulas abusivas. Nesses diplomas, a tutela não se restringe aos contratos padronizados, tendo seu enfoque na relação de consumo. Contudo, como facilmente se observa, a sua fragilidade está em não considerar a possibilidade da ocorrência de cláusulas abusivas nas relações civis, bem como em não considerar necessariamente a realidade específica dos contratos de adesão, campo fértil para o cometimento de abusos.

Na França, também havia um diploma legal anterior à Diretiva nº 13/93 que regulamentava os contratos com cláusulas predispostas. Trata-se da Lei nº 78-23, de 10 de janeiro de 1978, que foi incorporada ao Code de la Consommation pela Lei nº 93-949, de 27 de julho de 1993, já se adaptando aos ditames da Diretiva nº 13/93, que foi efetivamente transposta para o ordenamento jurídico francês pela Lei de 1º de fevereiro de 1995 (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2006). O art. L 132-1 definiu as cláusulas abusivas nos contratos concluídos entre profissionais e não profissionais ou consumidores como sendo aquelas que “têm por objeto ou por efeito criar, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações”. Existe, ainda, a previsão da edição de listas de cláusulas presumidamente abusivas (lista cinza) e absolutamente abusivas (lista negra) por decreto do Conselho de Estado, seguindo, assim, a orientação alemã. De acordo com Calais-Auloy e Steinmetz (2006), eram três as fontes das listas de cláusulas abusivas no direito francês, quais sejam, os Decretos do Conselho de Estado, os anexos ao Code de la Consommation e as recomendações da comissão de cláusulas abusivas. Após a edição da Lei nº 2008-776, de 4 de agosto de 2008, e do Decreto nº 2009-302, de 18 de março de 2009, as listas foram consolidadas na parte regulamentar do Code de la Consommation, nos arts. R. 132-1 e R. 132-2.

Ao mesclar os dois sistemas, o Decreto-lei nº 446, de 25 de outubro de 1985, de Portugal, conhecido como Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG), foi capaz de prever um microsistema normativo aos contratos com cláusulas predispostas, abrangendo tanto as relações entre profissionais quanto as relações entre estes e os consumidores. Esse decreto-lei estabeleceu regras sobre a conceituação dos termos, o âmbito de aplicação e a interpretação dessas cláusulas, os critérios de incorporação e de eficácia, um regramento detalhado quanto às cláusulas proibidas e um princípio geral de abusividade segundo o parâmetro da boa-fé, além de distinguir entre cláusulas absoluta (art. 18) e relativamente proibidas (art. 19) nas relações entre empresários, e absoluta (art. 21) e relativamente proibidas (art. 22) nas relações entre empresários e consumidores.

Dentre as normas relativas à inclusão de cláusulas contratuais gerais aos contratos singulares, o art. 5º estabelece o dever de comunicação ao aderente na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, bem como que o ônus da prova dessa comunicação cabe ao estipulante. O art. 6º estabelece o dever de informação, em complemento ao simples dever de comunicação, e o art. 8º macula de ineficácia (consideram-se excluídas do contrato) as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do art. 5º da Lei.

O regramento específico das cláusulas abusivas (chamadas cláusulas proibidas) encontra-se no capítulo V, arts. 15 a 22 da LCCG, sendo composto de duas seções: a primeira é aplicável tanto às relações entre empresários ou profissionais liberais quanto às relações de consumo e contém uma norma geral de controle da abusividade, fundada no princípio da boa-fé objetiva (art. 16), além de dois elencos, um de cláusulas absolutamente proibidas (art. 18) e outro de cláusulas relativamente proibidas (art. 19); a segunda é aplicável exclusivamente às relações não empresariais e também contém um elenco de cláusulas absolutamente proibidas (art. 21) e outro de cláusulas relativamente proibidas (art. 22). Com isso, foi conferida uma tutela jurídica mais ampla às relações de consumo, já que os elencos de cláusulas proibidas, previstos nos arts. 18 e 19 da LCCG, aplicam-se a todos os contratos com cláusulas predispostas, sejam eles contratos empresariais (entre empresários, profissionais liberais ou entre uns e outros – conforme definido no art. 15), sejam eles contratos de consumo ou, de forma mais geral, entre pessoas não abrangidas na definição do art. 15; já os elencos de cláusulas proibidas, previstos nos arts. 21 e 22 da LCCG, aplicam-se aos contratos não empresariais, quais sejam, os de consumo ou, de forma mais geral, aqueles entre pessoas não abrangidas na definição do art. 15. O arcabouço normativo para proteção dos contratos não empresariais, portanto, é mais amplo, conferindo maior garantia às partes vulneráveis que ocupam posição contratual de maior fragilidade.

A lei portuguesa tem seu mérito ao prever essa distinção entre relações empresariais e relações não empresariais, conferindo a essas últimas maior proteção jurídica, já que o elenco de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas é mais

amplo. Dessa forma, garantiu a necessária modulação da tutela jurídica em consideração aos sujeitos envolvidos. A crítica fica por conta de a proibição às cláusulas abusivas ser prevista apenas no âmbito dos contratos com cláusulas gerais, ignorando a possibilidade da estipulação de uma cláusula abusiva em contratos individualmente negociados<sup>4</sup>.

O Brasil segue a orientação de regramento das cláusulas abusivas no âmbito do CDC, editado em obediência ao comando dos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal (CF), de 1988, e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A lei consumerista considera direito básico do consumidor a proteção contra as cláusulas abusivas (art. 6º, IV, do CDC), prevendo uma cláusula geral de proibição à abusividade, com fundamento na boa-fé e na equidade (art. 51, IV, do CDC), além de um rol exemplificativo de cláusulas nulas de pleno direito (demais incisos do art. 51 do CDC). A previsão sobre contratos de adesão está no art. 54 do CDC, inserido no mesmo capítulo da proteção contratual, mas em seção distinta da proibição às cláusulas abusivas, indicando que estas podem ocorrer tanto em contratos de adesão quanto em contratos livremente negociados nas relações de consumo. Por fim, a disposição sobre a incorporação das cláusulas contratuais está no art. 46 do CDC que inaugura o capítulo da proteção contratual, dando a entender que seria aplicável, de maneira geral, a todos os contratos de consumo, muito embora faça mais sentido a sua aplicação aos contratos de adesão, tal como será visto a seguir.

De sua parte, o Código Civil (CC) contém dois dispositivos sobre contratos de adesão, todavia tal regramento está longe de constituir um sistema normativo dos contratos de adesão ou ao menos de conter uma regra geral que resolva as principais questões decorrentes dos contratos firmados nessas bases. O art. 423 do CC prevê uma regra de interpretação dos contratos de adesão, e o art. 424 do CC prevê um exemplo de cláusula abusiva, que bem poderia ser um dos itens de uma lista de cláusulas abusivas, nos moldes do direito comparado. Assim, é preciso socorrer-se dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva (CC, arts. 421 e 422) para abranger as situações não previstas expressamente pelo CC. De resto, a previsão de cláusulas abusivas encontra-se esparsa em alguns poucos dispositivos do CC, revelando um regramento incompleto e assistemático.

Nos tópicos subsequentes, analisarei o sistema normativo de cláusulas abusivas e de contratos com cláusulas gerais existentes no direito brasileiro, e em que medida o direito posto mereceria uma revisão ou, ao menos, uma interpretação de forma a abranger todas as situações carecedoras de tutela.

---

<sup>4</sup> Outros países possuem normas sobre cláusulas abusivas ou condições gerais de contrato, tais como os Estados Unidos, que tratam da possibilidade de exclusão ou limitação das cláusulas abusivas (*unconscionable clauses*), na seção 2.302 do Uniform Commercial Code, além de outros países da comunidade europeia que incorporaram as normas da Diretiva nº 13-93, como a Espanha, que editou a Lei nº 7, de 13 de abril de 1998, sobre condições gerais da contratação, que segue a mesma orientação de Portugal e Alemanha, prevendo um microsistema aplicável aos contratos com cláusulas predispostas (condições gerais de contratação). Contudo, limitarei minha análise a Alemanha, Portugal e França em comparação com o modelo brasileiro.



### **3 Importância de considerar tanto a forma de contratação (aspecto objetivo) quanto a qualidade das partes envolvidas (aspecto subjetivo)**

#### **3.1 Contratos com cláusulas predispostas: do controle da incorporação à limitação da liberdade negocial do estipulante**

Os contratos com cláusulas gerais preestabelecidas por uma das partes surgiram, como já visto, de uma necessidade de racionalização e dinamização das relações contratuais. Atualmente, é inconcebível que um fornecedor de bens ou serviços negocie individualmente cada cláusula contratual, firmando contratos distintos com uma infinidade de consumidores. Tal como são fornecidos produtos e serviços indistintamente no mercado de consumo, também são oferecidas indistintamente determinadas condições contratuais, às quais os consumidores simplesmente aderem ao adquirirem o produto ou o serviço. Essa racionalização das relações contratuais é, por um lado, benéfica para o consumidor ou aderente, pois desonera o próprio custo de produção e garante a segurança jurídica, já que diminui a complexidade do regramento contratual a ser aplicado a uma coletividade de indivíduos. Entretanto, existe a forte tendência de o estipulante redigir as cláusulas contratuais da forma que mais o beneficie, onerando excessivamente o aderente, de forma a desequilibrar a relação contratual. Por outro lado, pode acontecer de o estipulante prever uma série de cláusulas contratuais gerais a serem aplicáveis a todos os seus negócios jurídicos e não conceder ao aderente a oportunidade para ter conhecimento adequado e eficaz dessas cláusulas. Isso pode ocorrer tanto em relações de consumo quanto em relações civis em que for verificada uma superioridade de uma das partes em relação à outra.

Portanto, para evitar essas situações indesejáveis, os contratos com cláusulas gerais merecem a atenção do Estado legislador, que deverá estabelecer regras seja para regulamentar a forma de incorporação dessas cláusulas aos negócios individuais, seja para limitar a liberdade negocial do estipulando, prevendo, por exemplo, a proibição de cláusulas consideradas abusivas, seja para interpretar o contrato em favor do aderente. Na primeira situação, tem-se o controle de incorporação das cláusulas gerais; na segunda, o controle de conteúdo dessas cláusulas, que também deve abranger os contratos individualmente negociados.

##### **3.1.1 Controle de incorporação das cláusulas contratuais gerais**

O controle de incorporação é próprio dos contratos de adesão, uma vez que é preciso estabelecer regras que garantam o adequado e eficaz conhecimento das cláusulas predispostas pelo aderente, já que este não participou da elaboração do contrato. Trata-se do requisito da cognoscibilidade por meio do qual se procura evitar que o aderente tenha conhecimento das cláusulas contratuais apenas no momento da assinatura, não tendo o necessário tempo para compreender os termos

do contrato ou para refletir sobre os benefícios ou malefícios das obrigações assumidas. Mais que isso, procura-se evitar a prática da imposição de condições gerais de contrato cujo conhecimento não é franqueado ao aderente, uma vez que, no moderno mercado de consumo, por exemplo, as contratações são feitas por telefone, internet ou por intermédio de contratos resumidos que se reportam às condições gerais que não estão incluídas no mesmo instrumento.

Por sua vez, a imposição de cláusulas complexas, de extensa redação e com a utilização de termos que fogem ao conhecimento ordinário, pode prejudicar ou obstar a compreensão por parte do aderente. Dessa forma, impõe-se a obrigação de os contratos serem redigidos de forma clara e precisa, de acordo com o princípio da transparência; além disso, o aderente deve ter a oportunidade de receber esclarecimentos por parte do estipulante, seguido do necessário prazo de reflexão anterior à assinatura do contrato. Esse prazo de reflexão deve ser suficiente para permitir que o aderente compreenda totalmente as obrigações assumidas, devendo ser variável de acordo com a natureza do contrato e a complexidade das suas cláusulas; mas, em todos os casos, mesmo nos contratos mais simples, a ciência deve ser sempre prévia à contratação. Trata-se, aqui, do requisito da compreensibilidade, garantido pela transparência, pelo direito à informação e por um prazo de reflexão conferido ao consumidor.

No direito comparado, o Código Civil alemão prevê as regras de incorporação das condições gerais de contrato nos contratos individuais no § 305 do BGB. A segunda parte do referido parágrafo estabelece que as condições gerais de contrato somente serão incorporadas se a outra parte concordar com sua aplicação e se, durante a conclusão do contrato, o estipulante 1. expressamente chamar a atenção da parte contrária para elas ou ao menos destacar por sinais visíveis que uma referência expressa foi excessivamente difícil, considerando a maneira como o contrato é concluído; e 2. der à outra parte, de forma razoável, a possibilidade de ter conhecimento do seu conteúdo, levando em conta adequadamente qualquer debilidade perceptível pelo usuário<sup>5</sup>. Note-se que o referido dispositivo legal foi pensado para as relações civis, mas pode ser empregado de forma peculiar às relações em que se verifica a presença de uma parte mais fraca (por exemplo, as relações de consumo), quando exige a consideração das debilidades do aderente.

<sup>5</sup> Em razão da dificuldade de tradução, farei tradução não literal do inglês, admitindo que possa haver alguma incongruência com o texto original em alemão. Segue o texto traduzido para o inglês: "§ 305 Incorporation of standard business terms into the contract (1) Standard business terms are all contractual terms pre-established for a multitude of contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the conclusion of the contract. It is irrelevant whether the provisions appear as a separate part of a contract or are included in the contractual document itself, how extensive they are, what script is used for them, or what form the contract takes. Contractual terms do not constitute standard business terms where they have been individually negotiated between the parties. (2) Standard business terms are incorporated into the contract only if, during the conclusion of the contract, the user 1. expressly draws the other party's attention to them, or if, on account of the way in which the contract is concluded, an express reference to them is unreasonably difficult, he draws his attention to them by means of a clearly visible sign at the place where the contract is concluded and 2. gives the other party, in a reasonable manner that also appropriately takes account of any physical handicap of the other party discernible by the user, the possibility of gaining knowledge of their content, ... and if the other party agrees that they are to apply. (3) Subject to observance of the requirements set out in subsection (2) above, the parties may agree in advance that particular standard business terms will apply to a particular type of legal transaction".

O Decreto-lei nº 446.85 de Portugal prevê um regramento completo que abranje tanto o requisito de cognoscibilidade, por meio de regras relativas à comunicação das cláusulas, quanto o de compreensibilidade, por meio de regras sobre o dever de informação. O art. 4º estabelece a regra básica de aceitação pelo aderente, mas o delineamento específico com relação à comunicação das cláusulas gerais ao aderente está no art. 5º, que estabelece que

[...] a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência.

Além disso, o mesmo artigo coloca a cargo do estipulante o ônus da prova da comunicação adequada e efetiva.

O dever de informação é estabelecido pelo art. 6º, pelo qual:

1 – O contratante determinado que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique; 2 – Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.

Tanto a não comunicação adequada e eficaz quanto a desobediência ao dever de informação geram a ineficácia das cláusulas gerais, que se consideram excluídas dos contratos individuais (art. 8º, *a e b*, do Decreto-lei nº 446.85). Também se consideram excluídas dos contratos singulares as cláusulas que, “pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real” (art. 8º, *c*, do Decreto-lei nº 446.85). Essa situação, bastante comum, encontrou previsão expressa no direito português, evitando que o aderente se obrigue em razão de cláusulas escritas em letras muito pequenas, inseridas em regulamentos excessivamente extensos ou que, pelas circunstâncias em que o contrato foi concluído, passaram despercebidas do aderente. Por fim, consideram-se excluídas as cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contratantes.

Na França, as regras sobre incorporação das condições gerais dos contratos estão estabelecidas de forma menos sistemática do que em Portugal ou na Alemanha. A norma do art. L 133-2 do Code de la Consommation dispõe sobre o consentimento esclarecido, estabelecendo que “as cláusulas dos contratos propostos pelos profissionais aos consumidores ou não profissionais devem ser apresentadas e redigidas de forma clara e compreensível”. Refere-se, portanto, ao requisito da compreensibilidade. Quanto ao requisito da cognoscibilidade, a doutrina se vale das regras gerais do direito obrigacional, previstas no Código Civil, para extrair a necessidade do consentimento expresso do aderente (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2006). Ademais, faz parte da lista anexa ao Code de la Consommation, como cláusula abusiva, aquela que “constata, de maneira irrefutável, a adesão do consumidor a cláusulas em

relação às quais ele não teve, efetivamente, oportunidade de tomar conhecimento antes da conclusão do contrato” (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2006, p. 198, referindo-se ao anexo I, letra 1). Ainda para garantir o efetivo conhecimento e compreensão das cláusulas pelos consumidores, diversos dispositivos legais preveem prazos de reflexão para alguns tipos contratuais (ver, por exemplo, arts. L 121-20, L. 121-64, L.132-5-1 e 132-5-2, L. 121-25, L. 311-15, L. 311-16, L. 312-10 todos do Code de la Consommation). Por fim, as normas relativas à interpretação de cláusulas ambíguas devem ser buscadas no Código Civil, que estabelece, no art. 1162, que, em caso de dúvida, a interpretação da convenção deve ser feita contra o estipulante, e, no art. 1602 que trata da compra e venda, a interpretação de cláusulas obscuras ou ambíguas contra o vendedor, presumindo que este tenha redigido o contrato.

Jean Calais-Auloy (cf. CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2006) critica o sistema de regulamentação dos contratos com cláusulas preestabelecidas e indica a necessidade de impor aos profissionais a apresentação uniforme dos documentos contratuais, para facilitar a comparação pelo consumidor dos contratos propostos por diversas empresas, tornando-se, assim, mais um elemento a influenciar na sua escolha de com quem contratar. O jurista recorda que a lei de 1978 previa que decretos do Conselho de Estado poderiam regulamentar a apresentação por escrito dos contratos entre profissionais e consumidores, mas até hoje apenas um decreto foi editado, em 22 de dezembro de 1987, relativo à apresentação dos contratos de garantia e de serviços pós-venda de aparelhos domésticos, que passou a integrar o Code de la Consommation, R. 211-1 a R 211-3 (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2006). Essa prática salutar deveria ser mais utilizada, pois permite um controle de conteúdo e ampla divulgação das condições gerais de contrato.

No Brasil, as regras sobre incorporação das cláusulas contratuais gerais aos contratos individuais, bem como sobre o direito de informação, podem ser encontradas em diversos dispositivos do CDC, inexistindo regras correspondentes no direito comum. A primeira parte do art. 46 do CDC trata, de forma menos explícita do que no direito português, da incorporação das cláusulas gerais aos contratos individuais, estabelecendo que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo”. Muito embora não haja uma referência expressa aos contratos com cláusulas gerais (ou de adesão), esse é o principal âmbito de aplicação do referido dispositivo legal, uma vez que não haveria razão para falar da necessidade de o consumidor tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato em se tratando de contrato livremente negociado e redigido por ambas as partes<sup>6</sup>. De qualquer forma, o posicionamento do art. 46 fora da seção sobre “Contratos de adesão” ex-

<sup>6</sup> “Cumpre esclarecer que a norma do artigo 46 do CDC, em razão de sua própria formulação, parece referir-se aos contratos de consumo concluídos por adesão a condições gerais predispostas (ou contratos de adesão), e não aos contratos de consumo negociados ou paritários, porque a efetiva negociação prévia e bilateral pressupõe o conhecimento e a compreensão, por ambas as partes, das cláusulas contratuais. Com efeito, no exercício de sua autonomia privada – ou autodeterminação bilateral –, as partes contraentes dão conformação ao conteúdo das cláusulas contratuais que irão regular seus interesses negociais. Talvez para prevenir o risco de que, mesmo num contrato de consumo que não seja de adesão – um contrato paritário (*grés a grés*) –, o consumidor venha a celebrar o contrato sem pleno conhecimento ou sem compreender o exato sentido de suas cláusulas, o legislador não tenha limitado o alcance da aludida regra aos contratos de adesão” (MARQUES, 2006, p. 244-245).

pande o seu âmbito de aplicação, caso se verifique uma situação concreta em que o consumidor, em razão da sua vulnerabilidade, não tenha efetivo conhecimento total do conteúdo, mesmo tendo participado de sua elaboração.

Quanto ao direito de informação, são diversas as normas que procuram conferir-lhe efetividade: o art. 4º do CDC estabelece a transparência como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo; o art. 6º, inciso III, estabelece o direito à informação dentre os direitos básicos do consumidor; o art. 31 estabelece o dever de os fornecedores prestarem informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo; por fim, especificamente no campo contratual, o art. 46, segunda parte, macula de ineficácia (“não obrigarão os consumidores”) os contratos redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, além de o art. 52 estabelecer um conteúdo mínimo de informação relativamente aos contratos de fornecimento de crédito.

### **3.1.2 Controle de conteúdo das cláusulas contratuais gerais – vedação às cláusulas abusivas**

Tal como já referido anteriormente, todos os ordenamentos jurídicos analisados até o momento impõem limitações à vontade negocial do estipulante, prevendo um elenco de cláusulas proibidas, consideradas abusivas. Alemanha, Portugal e Espanha editaram leis específicas tratando dos contratos com “condições gerais” e, nesse contexto, estabeleceram listas de cláusulas abusivas, distinguindo entre cláusulas cuja abusividade admite apreciação no caso concreto (lista cinza) e cláusulas consideradas absolutamente abusivas, que não admitem apreciação no caso concreto (lista negra). Outros países, como França e Itália, regulamentaram a proibição às cláusulas abusivas no âmbito dos seus códigos de consumo, também prevendo listas de cláusulas seja no próprio corpo da legislação (Itália), seja remetendo a listas anexas ou previstas em normas regulamentares (Decretos do Conselho de Estado, como na França).

Em todos os ordenamentos, há previsão de um princípio geral para aferição da abusividade, com recurso ao parâmetro da boa-fé objetiva. Trata-se, aqui, da cláusula geral da boa-fé objetiva na sua função *corrigendi*, impondo aos contratantes limites ao exercício de direitos subjetivos, para evitar situações de extremo desequilíbrio de direitos e obrigações<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Nesse sentido é a lição de Cláudia Lima Marques (2006, p. 215): “Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos. A primeira função é uma função criadora (*pflichtenbegründende funktion*), seja como fonte de novos deveres (*nebenpflichten*), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*), ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora (*Schranken-bzw. Kontrollfunktion*), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreie Vertrauensumstände*). A terceira é a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato sob exame. Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”.

Quando se enuncia o princípio da boa-fé contratual como fundamento da proibição às cláusulas abusivas, considera-se o momento de formação do contrato. Isso porque a boa-fé, como cláusula geral presente em todas as relações jurídicas, impõe deveres de conduta aos contratantes, tais como o de lealdade e de cooperação, de maneira que, ao elaborar um contrato, o estipulante deve manter-se fiel a esses deveres de forma a não estabelecer cláusulas que desequilibrem excessivamente os direitos e as obrigações dos contratantes em seu favor. Essa conclusão extrai-se da definição de cláusula abusiva constante do art. 3º da Diretiva nº 13/93 da União Europeia, segundo o qual

[...] uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

Ou seja, na definição da Diretiva europeia, a boa-fé é exigida na fase de formação do contrato, de maneira que, se da sua inobservância resultarem cláusulas que imponham desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca, elas serão consideradas abusivas.

Note-se que o conceito de cláusula abusiva abrange a ideia de desequilíbrio de direitos e obrigações, tal como na Diretiva europeia supracitada, bem como no Code de la Consommation, que conceitua as cláusulas abusivas como sendo aquelas que “têm por objeto ou por efeito criar, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações” (art. L 132-1). Segundo Rubén S. Stiglitz (1998, p. 122), “é característica definitiva da cláusula abusiva: que importe num desequilíbrio significativo entre os direitos do consumidor e as obrigações e as cargas do profissional derivados do contrato em prejuízo do primeiro”<sup>8</sup>. Com base nisso, pode-se afirmar que o princípio do equilíbrio contratual, que tem sua fonte na justiça contratual, também é fundamento para a proibição às cláusulas abusivas.

Por fim, a função social do contrato também é fundamento para a proibição às cláusulas abusivas, uma vez que, para reconhecimento jurídico da força obrigatória dos contratos, sobretudo aqueles com cláusulas predispostas, supõe-se que estejam integrados a uma ordem social harmônica<sup>9</sup>, preservando os valores eleitos pelo ordenamento jurídico como fundamentais para a sociedade<sup>10</sup>. É certo que os

<sup>8</sup> Do original: “es característica definitoria de la cláusula abusiva: que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero”.

<sup>9</sup> Nesse sentido, conhecida é a lição de Antônio Junqueira de Azevedo (2004b, p. 43), para quem o princípio da função social dos contratos é “preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica”, afirmando, ainda, que: “A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”.

<sup>10</sup> Sintetizando essa questão, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 116) conclui ser este o contorno primeiro, genérico e básico da função social do contrato: “sua relevância está, antes de tudo, na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos

contratos com cláusulas padronizadas são de extrema utilidade para o mercado de consumo, permitindo a racionalização e o dinamismo das relações jurídicas; contudo, para que cumpram a sua função social, não podem dar abrigo a cláusulas abusivas, que coloquem a massa de consumidores em situação de extrema desvantagem. Nessa acepção mais genérica, cujo âmbito de incidência, por vezes, confunde-se com os princípios da boa-fé e da justiça contratual (GODOY, 2004), o princípio da função social atua *inter partes*, repudiando situações de extremo desequilíbrio que impliquem violação dos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>, sendo possível também vislumbrar um âmbito exclusivo de aplicação com relação às cláusulas que permitam a discriminação do contratante, impondo, por exemplo, restrições injustificadas aos aderentes em razão de raça, credo ou orientação sexual. Também é possível identificar um âmbito exclusivo de aplicação do princípio da função social na sua atuação *ultra partes*, com relação a cláusulas que permitam danos ambientais ou frustração de justas expectativas geradas socialmente, como a permissão de práticas antidesportivas em competições de apelo coletivo<sup>12</sup>.

Considerando essa amplitude dos fundamentos da proibição às cláusulas abusivas, Diogo Leonardo Machado de Melo (2011, p. 258) conclui que

[...] uma cláusula contratual será considerada abusiva quando, ainda que abstratamente predisposta, seja tendente a criar direitos e deveres considerados iníquos, desproporcionais, que promovam desvantagem exagerada a uma das partes, sendo incompatíveis com os princípios da boa-fé, do equilíbrio e da função social dos contratos.

No Brasil, o CDC estabeleceu o regramento quanto às cláusulas abusivas no seu art. 51, enunciando um princípio geral de proibição com fundamento na boa-fé e na equidade, cominando de nulidade de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do CDC), definindo a referida vantagem exagerada como sendo aquela que

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (art. 51, § 1º, I, II e III).

.....  
do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso, a colocar a discussão fora de qualquer contexto que não seja jurídico, que seja puramente ideológico e, por isso, necessariamente parcial".

<sup>11</sup> Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 129, grifo nosso) coloca o solidarismo e a dignidade da pessoa humana como valores a serem preservados pela função social do contrato, ressaltando que: "O solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vale para quaisquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte, significa também a *promoção da justiça distributiva*, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais".

<sup>12</sup> Tem-se, aqui, o exemplo citado por Antônio Junqueira de Azevedo (2004b) das práticas antidesportivas da Fórmula 1, em que o piloto permite que o companheiro de equipe vença a corrida, frustrando as expectativas da torcida.

Além desse inciso IV, que estabelece a regra geral, os demais incisos do art. 51 do CDC estabelecem um rol não exaustivo de cláusulas abusivas, cominando todas de nulidade de pleno direito, portanto, absoluta.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (2004a, p. 233):

O rol de cláusulas abusivas, no artigo 51 do CDC, tem bem o espírito de ecletismo, próprio do direito brasileiro. Admitiu, como fundamento dos vários incisos, tanto a explicação francesa de abusividade, que é a de desequilíbrio entre direitos e deveres (incisos IX, X, XI e XIII), quanto a alemã, de boa-fé (incisos IV e VIII), não se limitando, de resto, às duas orientações (inciso XIV). Quanto ao seu sistema, o CDC foi também dúplice: não ficou numa dicção que, à moda de cláusula geral, abarcasse toda e qualquer hipótese, nem optou por soluções tópicas, com a enumeração exaustiva de cláusulas abusivas. O artigo 51 fez as duas coisas: trouxe lista de cláusulas abusivas e inciso genérico. Essa solução mista tem, por sua vez, a nosso ver, dupla vantagem: resolve problemas concretos (com a lista) e dá ao juiz arma para modificar cláusulas abusivas não previstas (inciso genérico).

Diferentemente de muitos países da Europa ocidental, o Brasil não adotou duas listas de cláusulas abusivas, prevendo, para todas as hipóteses, a nulidade de pleno direito. Contudo, disso não advém qualquer prejuízo, uma vez que, na verdade, a divisão em duas listas apenas torna mais didática a separação entre situações cuja abusividade depende da apreciação no caso concreto, necessária sempre que a lei utiliza termos abertos como “excessivamente oneroso” ou “injustificadamente”, daquelas situações cuja abusividade decorre da simples caracterização da situação descrita de forma objetiva na lei. No rol do art. 51, é possível identificar, como cláusulas “absolutamente” abusivas, porque a situação descrita não depende de apreciação no caso concreto, aquelas previstas nos incisos I, II, III, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI, e como cláusulas “relativamente” abusivas, porque a sua verificação depende da apreciação no caso concreto, aquelas previstas nos incisos IV, VI e XV. Contudo, a consequência jurídica, uma vez verificada a abusividade, é sempre a mesma: a nulidade de pleno direito, e não a anulabilidade, o que seria admitido apenas nas relações civis, já que as normas de defesa do consumidor são de ordem pública (art. 1º, do CDC).

Ainda com relação ao direito brasileiro, ao lado do rol de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça edita periodicamente listas de cláusulas abusivas<sup>13</sup>, tendo por base as práticas contratuais corriqueiramente utilizadas no mercado de consumo. A nosso ver, essas listas possuem a mesma força normativa de uma lei ordinária na medida em que preenchem o conteúdo do art. 51, *caput* do CDC, que se constitui em norma parcialmente em branco ao admitir *outras* cláusulas abusivas, além daquelas que elenca.

<sup>13</sup> Portarias da Secretaria de Direito Econômico nº 4, de 13 de março de 1998, 3, de 19 de março de 1999, 3, de 15 de março de 2001, e 7, de 3 de setembro de 2003.



Ainda quanto aos limites à autonomia contratual nos contratos com cláusulas predispostas, tem-se a atuação das agências reguladoras, que estabelecem portarias regulamentando o conteúdo mínimo ou a proibição de determinadas práticas ou cláusulas contratuais pelos prestadores de serviços essenciais. Cito aqui, como exemplo, a Resolução nº 85, de 30 de dezembro de 1998, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que assegura, no seu art. 62, o direito de o usuário questionar os seus débitos, “não se obrigando a pagamento dos valores que considere indevidos”, já que o parágrafo único estabelece que “o pagamento dos valores questionados pelo assinante somente poderá ser exigido pela prestadora quando esta comprovar a prestação dos serviços objeto do questionamento”. Tem-se, ainda, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que estabelece critérios para reajuste dos planos de saúde, ou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), que, por meio da Resolução nº 414/2010, regulamentou questões relevantes nas relações com os consumidores, tais como o corte de energia, dando mais prazo e segurança ao consumidor, estabelecendo critérios de compensação em caso de corte indevido, tarifas diferenciadas e descontos de até 100% para a população de baixa renda, entre outras. No âmbito das relações creditícias, o Banco Central também estabelece normas visando ao maior equilíbrio nas relações entre bancos e clientes, podendo ser citados o chamado “Código de Defesa do Consumidor de Crédito Bancário” (resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 2878/2001 e 2892/2001) e as resoluções sobre a obrigatoriedade de divulgação do Custo Efetivo Total (CET) das operações de crédito (Resolução CMN nº 3.517/2007).

No âmbito do CC, não há previsão específica de uma cláusula geral de proibição à abusividade, nem mesmo um elenco de cláusulas que podem ser consideradas abusivas. Contudo, é possível extrair a limitação à autonomia negocial com recurso às cláusulas gerais da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, previstas nos art. 421 e 422 do CC, já que são esses os fundamentos da vedação às cláusulas abusivas. Assim, diante de um determinado contrato, será possível apreciar as obrigações assumidas à luz das exigências decorrentes da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, para então saber se alguma cláusula – ou várias – contratual pode ser caracterizada como abusiva. Considerando que o direito brasileiro não dispõe de regras especificamente direcionadas aos contratos de adesão, na aplicação dos art. 421 e 422 do CC é preciso identificar a forma de contratação adotada, reforçando as exigências de boa-fé e de cumprimento da função social dos contratos nos instrumentos com cláusulas preestabelecidas por um dos contratantes, em razão da tendência do disponente de estabelecer direitos e obrigações em seu benefício exclusivo, onerando excessivamente o aderente.

Além dos artigos que enunciam os princípios gerais aplicáveis a todos os contratos, existem, tanto no corpo do próprio CC quanto em leis extravagantes, dispositivos que preveem a proibição de cláusulas abusivas. É o caso do art. 122 do CC que proíbe às partes estipular cláusulas potestativas, ou seja, sujeitar os efeitos do negócio ao puro arbítrio de uma das partes, valendo destacar que, no rol do art. 51

do CDC, muitas das hipóteses nele elencadas têm como fundamento a proibição da potestatividade<sup>14</sup>. Também é o caso do art. 413, que permite a redução pelo juiz de cláusula penal excessiva, e do 424, que considera nula, nos contratos de adesão, a cláusula contratual que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito inerente ao negócio; o art. 1.008 macula de nulidade a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas. Além disso, as figuras do estado de perigo e da lesão (arts. 156 e 157 do CC) também podem ser consideradas cláusulas abusivas, guardadas as suas peculiaridades.

Fora do CC, leis extravagantes também preveem algumas hipóteses de cláusulas abusivas. Na Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), o art. 20 impede o locador de exigir o pagamento antecipado do aluguel, e o art. 45 macula de nulidade

[...] as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no Art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do Art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

O art. 11 do Decreto nº 22.626/33 macula de nulidade o contrato celebrado com infração aos dispositivos da mesma lei, assegurando ao devedor a repetição do que houver pago a mais (lembrando que esse mesmo decreto prevê a proibição da polêmica capitalização de juros). Ainda, o art. 4º da Lei nº 1.521/51 prevê a figura da lesão usurária nas modalidades de usura real (obtenção de lucro excessivo) e pecuniária (cobrança de juros acima do permitido – o que não é aplicável aos bancos).

De resto, o CC contém diversas normas cogentes que maculam de nulidade ou de ineficácia determinadas disposições nos negócios jurídicos, não podendo ser afastadas por cláusula contratual. Se eventualmente uma cláusula contratual afastar norma cogente, poderá ser considerada, além de ilícita, abusiva. É importante destacar que muitas das cláusulas abusivas aplicáveis nas relações civis elencadas nos diplomas alienígenas, em verdade, são cláusulas contratuais que afastam a incidência de normas cogentes, que envolvem direitos de terceiros ou que contrariam proteção de direitos fundamentais<sup>15</sup>, já que todas essas situações encontram, de alguma forma, respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>14</sup> São as seguintes situações: opção exclusiva do fornecedor de concluir ou não o contrato (inciso IX); variação unilateral do preço (inciso X); comissão de permanência; índices de correção monetária calculados indiretamente pelo fornecedor, por meio de associação representativa; alteração unilateral de taxa de juros; cancelamento unilateral do contrato (inciso XI); ressarcimento unilateral dos custos de cobrança (inciso XII); modificação unilateral do conteúdo ou da qualidade do contrato (inciso XIII).

<sup>15</sup> Apenas exemplificando, no direito português, o Decreto-lei nº 446.1985 dispõe sobre as cláusulas absolutamente proibidas no seu art. 18, prevendo hipóteses que dizem respeito a direitos fundamentais: "a) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física, ou à saúde das pessoas; b) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros, *que encontram correspondência em normas cogentes do direito comum*; c) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de *dolo ou de culpa grave*; d) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de *dolo ou de culpa grave*; e) Confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a facultade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato; f) Excluem a excepção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento; g) Excluem ou limitem o direito de retenção; h) Excluem a facultade de compensação, quando admitida na lei; i) Limitem, a qualquer título, a facultade de consignação em depósito, nos casos e condições legalmente previstos; j) Estabeleçam obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa, apenas, da vontade de quem as predisponha, *que*

Por fim, entendo que o rol do art. 51 do CDC poderá ser utilizado por analogia nas relações puramente civis, considerando, contudo, a qualidade das partes envolvidas, consoante será analisado no tópico subseqüente.

### 3.2 Consideração das partes envolvidas (aspecto subjetivo)

Ao longo do século XX, a liberdade de contratar passou a não ser mais o único princípio jurídico aplicável aos contratos<sup>16</sup>. Foram admitidos os novos princípios sociais dos contratos, como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio contratual, ganhando força, no final do século XX, o princípio da proteção da parte mais fraca, consagrado, por exemplo, nos inúmeros códigos de defesa do consumidor mundo afora, tendo em vista a necessidade de trazer equilíbrio a essas relações que nascem desequilibradas, devido a uma fragilidade intrínseca a uma das partes.

A consequência de considerar esse princípio de proteção da parte mais fraca é a atribuição de uma tutela jurídica diferenciada (NOBLOT, 2002), caracterizada por uma maior proteção legal e incidência mais vigorosa dos princípios sociais dos contratos, até mesmo para permitir que a declaração de vontade que se vincula ao cumprimento da obrigação seja manifestada de forma livre e esclarecida. Menezes Cordeiro (1984, p. 653), a respeito da efetividade da autonomia privada, expõe:

Se, formalmente, ela se contenta com a inexistência de entraves ao seu desenvolvimento, de facto, ela requer a possibilidade de opção efectiva, aquando da celebração. Tal possibilidade pode ser frustrada pela ignorância do contratante, pela sua dependência económica ou outra, por situações de monopólio, pela necessidade impreterível de contratar de imediato ou, simplesmente, por a contraparte se recusar a alterar a proposta ou a contraproposta que tenha formulado.

Portanto, num contrato entre sujeitos que tenham a mesma possibilidade de influir no conteúdo das cláusulas contratuais, presume-se que as partes, no exercício da autonomia negocial, admitiram certo grau de desigualdade. Já nos contratos em que há uma relevante fragilidade de uma das partes em relação à outra, seja por não possuir a mesma força para influir no conteúdo do contrato, seja em razão de uma assimetria de informações, ou ainda porque tenha contratado por inexperiência ou necessidade, o grau de desequilíbrio admitido será menor, no intuito de proteger a parte mais fraca e garantir a liberdade efetiva na manifestação de sua vontade.

---

*envolvem direito de terceiros; l) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial".*

<sup>16</sup> Essa compreensão teve início com a superação da ideologia liberal, que se contentava com a igualdade formal. Já dizia Jossierand (apud NOBLOT, 2002, p. 5), na primeira metade do século passado, que a condição jurídica do homem não mais é fixada abstratamente, mas em função da sua posição social: *"la personne humaine, sujet de droits et d'obligations, n'est plus cet être abstrait que le Code civil, héritier de l'idéologie révolutionnaire, s'était efforcé de dégager, de réaliser sur un type unique, tiré en série, mais c'est l'individu qui exerce un métier, qui accomplit une fonction; à l'homme juridique, toujours identique à lui-même dans son unité indivisible, viennent se substituer, en nombre grandissant des hommes juridiques qui sont dotés de status différents, établis en considérations de leurs diverses formes d'activités".*

Tal como já dissemos anteriormente, cláusula abusiva é aquela que causa um desequilíbrio injustificado entre direitos e obrigações das partes. Dessa forma, para a apreciação da abusividade de uma cláusula, é fundamental conhecer os sujeitos envolvidos num determinado contrato: em se verificando a existência de uma parte vulnerável, o grau de desequilíbrio admitido entre direitos e obrigações será menor.

No direito brasileiro, presume-se a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo; contudo, existe espaço para a prova em sentido contrário, pois uma relação, muito embora se caracterize como de consumo, pode se dar entre partes que têm igual capacidade para influir no conteúdo do contrato. Tome-se como exemplo um contrato entre uma grande empresa e um pequeno prestador de serviços, que tenha por objeto um serviço que não se inclua entre os insumos da atividade da empresa. Da mesma forma, é possível, numa relação eminentemente civil, que uma das partes seja vulnerável, merecendo uma tutela diferenciada. Para resolver situações como essas, Antônio Junqueira de Azevedo (2005) propõe a consideração dos contratos existenciais<sup>17</sup>, em oposição aos contratos empresariais. Nos contratos existenciais, que são aqueles firmados entre pessoas físicas não empresárias ou entre um empresário e um não empresário, a incidência dos princípios sociais da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual é mais intensa, de maneira que a exigência de equilíbrio entre direitos e obrigações será também mais vigorosa.

Essa distinção parece ter sido adotada pelo Decreto-lei nº 446/85 de Portugal ao definir dois âmbitos de aplicação para as listas de cláusulas abusivas. O art. 15 do Decreto prevê que as listas de cláusulas absoluta e relativamente abusivas constantes dos arts. 18 e 19 são aplicáveis apenas às relações entre empresários ou aos que exerçam profissões liberais. Já o art. 20 do Decreto prevê que, nas relações com consumidores finais e, genericamente, em todas as não abrangidas pelo art. 15, ou seja, nas não empresariais, além das proibições das seções anteriores (arts. 18 e 19), aplicam-se também as proibições dos arts. 21 e 22. Como se vê, a lei prevê uma proteção maior para os contratos em que ao menos uma das partes não seja considerada “empresário”.

---

<sup>17</sup> Antônio Junqueira de Azevedo defende uma nova dicotomia entre *contratos existenciais* e *contratos empresariais* como sendo a verdadeira dicotomia contratual do século XXI, “assim como a de *contrato paritário/contrato de adesão* esteve para o século XX” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 123-124). Nos contratos existenciais, importa a proteção do ser humano, cuja existência não pode ser negligenciada, já que os novos princípios contratuais incidem com maior intensidade para uma maior efetividade do seu propósito. Nas palavras do professor: “Ela [a boa-fé objetiva], em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de ‘contratos existenciais’ (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compras da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) de que entre os ‘contratos empresariais’”. Essa nova dicotomia, que defendemos, ‘contrato existencial/contrato empresarial’, é, ao nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de ‘contrato paritário/contrato de adesão’ esteve para o século XX” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 123-124). O próprio autor, em outra oportunidade, define o que entende por contratos existenciais, distinguindo-os dos empresariais: “Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009).

Assim, muito embora o Brasil tenha consagrado explicitamente apenas a distinção entre relações civis e de consumo, parece mais correto, de acordo com os princípios consagrados pela nossa Constituição Federal, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, alargar o âmbito de consideração das situações de vulnerabilidade para abranger a dicotomia entre contratos existenciais e empresariais, tal como feito pelo Decreto-lei nº 446-85 de Portugal. Essa distinção poderá auxiliar na aplicação analógica do art. 51 do CDC às relações civis, uma vez verificada a condição de vulnerabilidade de uma das partes, já que é esta a *ratio* da proteção conferida pelo CDC.

## 4 Conclusões

Com base na análise do direito estrangeiro, sobretudo dos modelos selecionados da Alemanha, da França e de Portugal, este trabalho discutiu o sistema normativo das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão é a de que o sistema normativo previsto no CDC é completo e bem estruturado, muito embora não seja tão detalhado quanto o sistema normativo do direito português; contudo, a vantagem do nosso sistema é a de disciplinar a proibição às cláusulas abusivas não apenas no âmbito dos contratos de adesão, abrangendo todo e qualquer contrato de consumo, podendo, ainda, ser aplicado por analogia às relações civis em que for verificada a situação de vulnerabilidade de uma das partes. Aliás, essa é a vantagem dos ordenamentos que escolheram tutelar a proibição às cláusulas abusivas no âmbito dos códigos de consumo, e não por meio de uma lei especialmente direcionada aos contratos com cláusulas gerais predispostas.

Ainda, o CDC brasileiro disciplina suficientemente a incorporação das cláusulas gerais predispostas dos contratos de adesão aos contratos individuais, mediante a exigência de prévio conhecimento do seu conteúdo e transparência das cláusulas, podendo ser tomada como lição do direito francês, como sugestão de aperfeiçoamento do sistema brasileiro, a adoção de prazos de reflexão ou, ao menos, como previsto no direito português, uma norma geral que determine que “a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência”. Todavia, mesmo essa norma, explícita no direito português, pode ser extraída do sistema protetivo do consumidor consagrado no CDC.

De sua parte, o CC mereceria um melhor regramento seja das cláusulas abusivas, seja dos contratos com cláusulas gerais. É inegável que também, nas relações civis, essa forma de contratação tornou-se bastante comum, como no caso dos contratos de franquia. Evidentemente, as normas dos arts. 423 e 424 do CC são insuficientes para reger as tensões que emanam desses contratos com cláusulas gerais predispostas. Seria necessária, seja por meio de seção específica no capítulo dos contratos, seja por normas específicas na seção sobre a formação dos contratos, a previsão dos requisitos de incorporação dessas cláusulas e

deveres especiais de informação. Considerando que esses contratos são elaborados unilateralmente por uma das partes, mesmo em relações civis, o desequilíbrio entre direitos e obrigações deve ser uma preocupação do legislador. Diante da inexistência de normas especialmente direcionadas às relações civis, cabe o recurso ao diálogo de fontes para aplicar o art. 46 do CDC a todos os contratos de adesão e o art. 51 do CDC, caso seja verificada a vulnerabilidade de uma das partes no caso concreto.

## NORMATIVE SYSTEM OF UNFAIR TERMS

**Abstract:** The new form of contracting, that consists in contracts with general clauses, in which the supplier draws up the contract and the consumer simply adheres, proved to be a fertile field for the stipulation of unfair terms. Nevertheless, unfair contract terms may occur not only in consumer contracts with general clauses, but also in civil individually negotiated contracts, especially when there is unequal bargaining power between the parties. That is why the existing regulatory systems in Comparative Law oscillate between the approach in the form of contracting or in consideration of the type of legal relationship, treating the theme in specific Law about contracts with general clauses or in Consumer Law, or even adopting a mixed system containing the two approaches. This paper intends to analyze which is the system adopted in Brazil and if this is the most appropriate regulatory system to cover all situations that involve the prohibition unfair clauses.

**Keywords:** clauses; unfair; consumer.

## Referências

- BAUMAN, Z. *Globalização – as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CALAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.
- GODOY, C. L. B. de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, O. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004a.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado... In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004b. p. 137-147.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Relatório brasileiro sobre revisão contratual. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182-198.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Natureza jurídica do contrato de consórcio. *Revista dos Tribunais*, n. 832, p. 123-124, 2005.
- MARQUES, C. L. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, p. 36-56, jan./mar. 1996.

- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELO, D. L. M. de. Cláusulas abusivas, leoninas e potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e Código Defesa do Consumidor. Rumo a uma teoria geral de controle de abusividade? In: LOTUFO, R.; MARTINS, F. R. (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor – conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENEZES CORDEIRO, A. M. R. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.
- NOBLOT, C. *La qualité du contractant comme critère legal de protection*. Paris: LGDJ, 2002.
- PEREIRA, C. M. da S. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STIGLITZ, R. S. *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. In: CONFERENCIA SOBRE DERECHOS DEL CONSUMIDOR, 1998, Bogotá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.