

ELISEU JUSEFOVICZ

**PROTEÇÃO CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS**

Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fernando Noronha.

**FLORIANÓPOLIS
2004**

ELISEU JUSEFOVICZ

PROTEÇÃO CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada, com distinção e louvor, em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Fernando Noronha da UFSC

Membro: Professor Doutor Carlyle Popp da UFPR

Membro: Professor Doutor João dos Passos Martins Neto da UFSC

Suplente: Professor Doutor Miguel Lobato Gómez da Universidade de Lion

Coordenadora CPGD: Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Florianópolis, 12 de março de 2004.

À
Claudia,
com carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço o curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e a CAPES pela bolsa concedida, a qual me proporcionou os meios para poder realizar a presente pesquisa.

Os meus sinceros agradecimentos aos colegas e companheiros de jornada no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela amizade, o companheirismo e as trocas de idéias.

As devidas homenagens e agradecimentos aos professores deste curso pela contribuição marcante na minha formação intelectual.

Com estima e admiração, um agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Noronha, por seus comentários valiosos às versões de meu manuscrito, pelo empréstimo de obras que foram fundamentais para o trabalho e pela atenção dedicada na orientação deste estudo.

Aos meus pais e irmãos, com o reconhecimento da sua luta incansável, agradeço pela compreensão da minha longa ausência durante a realização deste curso. Sou infinitamente devedor por tudo.

A todos que trabalham na Secretaria do CPGD, agradeço pela sua atenção e gentileza.

L'équilibre contractuel représente une double qualité de contenu du contrat: il s'agit d'un point de vue statique d'une répartition harmonieuse entre les droits, obligations et prestations des parties et d'un point de vue dynamique, d'une position de relative stabilité de ce contenu.

Faire de l'équilibre contractuel un principe descriptif suppose de démontrer que ce principe présente une utilité pour le droit du contrat. Il s'agit alors de vérifier que le droit du contrat tel qu'il existe se caractérise par de nombreuses incohérences, malgré les tentatives de les éliminer.

Or, le régime juridique de l'équilibre contractuel révèle de manière incontestée de nombreuses lacunes.

Ce principe est fondé sur la justice contractuelle et permet d'expliquer la révision du contrat par le juge.

La justice contractuelle peut alors se définir comme le fondement permettant de garantir un juste milieu entre des intérêts opposés.

(Laurence Fin-Langer, 2002, p. 299, 406, 472, 451 e 444).

RESUMO

A teoria clássica do Direito dos Contratos, desenvolvida a partir do século dezenove, estava envolvida apenas com a proteção abstrata da autonomia privada. Como consequência, encobria os desequilíbrios contratuais e impedia a proteção das partes fracas. O surgimento de uma concepção moderna dos contratos, atribuindo o devido valor à função social do contrato e também reconhecendo os princípios da justiça contratual e da boa-fé, tornou possível a análise do conteúdo contratual pelo juiz e permitiu o desenvolvimento da tutela jurídica contra cláusulas abusivas.

Atualmente, a doutrina dos contratos constata que tais cláusulas destroem a relação de equivalência objetiva entre direitos e obrigações que é pressuposta pelo princípio da justiça contratual, e às vezes também infringem os deveres de correção, lealdade e cooperação, exigidos pelo princípio da boa-fé contratual. Além disso, em nível menos denso, pode-se dizer, que elas também violam alguns princípios constitucionais.

Este estudo investiga a natureza das cláusulas abusivas juntamente com as características dos contratos padronizados e de adesão, examinando ainda as razões que estão na origem e proliferação daquelas e destes. Explícita como a inevitável imposição de termos contratuais favoráveis às empresas mais fortes é uma das resultantes da concentração empresarial e do aumento do poder dos empresários; vale dizer, é uma consequência da ampliação da desigualdade negocial, da vulnerabilidade dos mais fracos e da padronização contratual generalizada, em todos os âmbitos da contratação, mesmo fora das relações de consumo. Assim, mostra-se como os contratos padronizados e de adesão ganham uma recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas e evidencia-se que as duas figuras estão presentes tanto em contratos civis como em contratos empresariais.

Contudo, no plano do direito legislado, a ampla proteção contra cláusulas abusivas só existe no âmbito dos contratos de consumo. Então, surge uma questão: será possível sustentar uma extensão da revisão contratual e nulificação de cláusulas abusivas também nas relações contratuais regidas pelo Direito Civil e Empresarial? Este estudo afirma essa possibilidade e procura demonstrá-la.

A pesquisa objetiva encontrar vias para a ampla revisão contratual e a decretação de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, por diversas vias: através da aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, a partir da aplicação de princípios fundamentais dos contratos, e finalmente, por meio da densificação de princípios constitucionais, na prática da decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Civil e Empresarial — Contrato Padronizado e de Adesão — Cláusula abusiva — Analogia — Princípios.

ABSTRACT

The classical theory of Contract Law, developed since the nineteenth century, was concerned only with the abstract protection of private autonomy, as a consequence, it was hiding contractual unbalances and it held back the diffusion of the protection of weaker parties. The emergence of a modern doctrine of contracts, assigning due value for the social role of contracts, together with recognizing the principles of contractual justice and of good faith, made possible an analysis of the contractual contents by judge, and it allowed the development of legal tutorship against abusive (unconscionable, or unfair) clauses.

Nowadays, the doctrine of contracts verifies that such clauses destroy the relationship of objective equivalence between rights and duties, presupposed by the principle of contractual justice, and sometimes also breaking the duties of correction, loyalty and cooperation, demanded by the principle of good faith. Moreover, in a lesser dense level, it can be said that they also violate some constitutional principles.

This study investigates the nature of abusive clauses along with the features of standardized and adhesion contracts, considering also the reasons that are in the origin and proliferation of both. It points out how the inevitable imposition of contractual words which are more favourable to stronger private enterprises is one of the resultants of commercial concentration and of large enterprise's power; its worth to say, it is a consequence of larger inequality of bargaining power, vulnerability of weaker parties, and generalization of standard contracts, in all contract transactions, even though not regarding consumer's contracts. Thus, it shows how the standardized and adhesion contracts gain a mutual connection with the phenomenon of abusive clauses, and it stresses that such contracts and these clauses are present in commercial contracts.

However, in the scope of law, a wide protection against abusive clauses only exists in consumer's contracts. It gives rise to a question, namely: would it be possible to keep the extension of judicial recognition for the defence against abusive clauses also in the cases of commercial contracts? This study claims it is, and it tries to prove so.

This work focuses on finding ways to a wider contract review and the cancelling of abusive clauses in commercial contracts by several ways: through applying laws by analogy with the Consumer's Protection Code, from application of fundamental contract principles, and finally, by the materialization of constitutional principles, in the judge's decision.

KEY WORDS: Civil and Commercial Contract — Standardized and Adesion Contract — Abusive Clause — Analogy — Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
 CAPÍTULO I	
A MUDANÇA DE CONCEPÇÕES DO DIREITO DOS CONTRATOS	
1.1 Considerações preliminares sobre as influências do paradigma conceitual	24
1.2 A concepção liberal ou clássica do Direito dos Contratos	27
1.2.1 A origem da autonomia privada liberal	27
1.2.2 Algumas idéias basilares da concepção liberal	32
1.2.3 A autonomia privada na concepção clássica do Direito dos Contratos	34
1.3 A nova realidade contratual e a crise da concepção tradicional	40
1.3.1 As transformações da realidade contratual e a crise da concepção clássica	41
1.3.2 Os contratos padronizados e de adesão exigem a renovação da teoria contratual.	44
1.3.3 A renovação fragmentada da teoria contratual e o exame do conteúdo dos contratos	51
a) O processo fragmentário de ruptura com a concepção clássica	51
b) A compreensão neoclássica não resolve o problema de equilíbrio contratual.	55
c) Duas outras razões fundamentais porque se mantém a teoria tradicional	58
1.4 A concepção moderna do direito dos contratos	62
1.4.1 A reestruturação da autonomia privada: nova justificação à força obrigatória do contrato	63
a) A função social do contrato e a boa-fé como fundamento da vinculatividade .	64
b) O princípio do efeito relativo dos contratos e o princípio do consensualismo .	67
c) Alguns reflexos da nova postura	72
1.4.2 Os princípios fundamentais dos contratos na concepção moderna	79
a) A conjugação dos princípios na nova ordem contratual	79
b) O princípio da autonomia privada na contemporaneidade e seu novo perfil ...	83
c) Considerações preliminares sobre o princípio da boa-fé	87
d) Considerações preliminares sobre o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual	90
1.5 Os estágios doutrinários sobre o exame judicial dos contratos	96
 CAPÍTULO II	
PADRONIZAÇÃO E CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS	
2.1 Introdução	98
2.2 Noções e características dos contratos padronizados e de adesão	100
2.2.1 Caracterização das novas vertentes contratuais	100
a) Contratos empresariais e não empresariais	101

b) Contratos padronizados e de adesão	102
c) Contratos relacionais	108
2.2.2 O surgimento e as razões da proliferação dos contratos padronizados e de adesão	110
2.2.3 A concentração empresarial e as características da contratação moderna	113
a) As transformações e a importância da atividade empresarial	113
b) Cláusulas contratuais gerais e desigualdade de poder negocial	117
2.2.4 A expansão da padronização e de suas conseqüências nos contratos civis e empresariais	122
a) A disseminação da padronização nos contratos civis e empresariais	122
b) Alguns contratos civis e empresariais padronizados e de adesão e seus problemas	125
2.3 As cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão	132
2.3.1 A conexão entre contratos padronizados e de adesão e cláusulas abusivas	132
2.3.2 As cláusulas abusivas e a ofensa aos princípios fundamentais dos contratos	138
a) Pressupostos da concepção de abuso na contratação	138
b) Os princípios caracterizadores das cláusulas abusivas	144
2.3.3 A depuração do conceito de cláusulas abusivas na concepção objetiva	150
a) A concepção objetiva do abuso de direito	151
b) Cláusulas abusivas e cláusulas ilícitas	154
c) Observações críticas sobre o conceito de cláusulas abusivas	157
d) Cláusula abusiva e outras figuras	160
2.3.4 Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor	163
a) Cláusula abusiva e onerosidade excessiva	166
b) Os efeitos das cláusulas abusivas: o regime de nulidade.....	168
c) O regime de nulidade das cláusulas abusivas no Direito do Consumidor	172
2.4 O problema da tutela do contratante vulnerável fora das relações de consumo	174
2.4.1 O âmbito da proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC	175
a) Caracterização dos contratos de consumo	176
b) A identificação dos consumidores-empresários sob um critério objetivista	183
2.4.2 O problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais	188
a) Cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais é problema antigo	188
b) Garantias efetivas de proteção no novo Código Civil e no CDC	189
c) A doutrina e as cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais	193
2.4.3 Definição das questões para a análise do problema das cláusulas abusivas	196
2.4.4 Dissonâncias do sistema jurídico: o descompasso das regras do Código Civil	201
a) Noções gerais sobre a desigualdade de tratamento dos mais fracos	201
b) Perspectivas de solução das incongruências	206
2.5 Motivações para a busca de um controle geral das cláusulas abusivas	208

CAPÍTULO III

INCOMPLETUDE DO CÓDIGO CIVIL E APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CDC

3.1 Introdução das alternativas de solução ao problema das cláusulas abusivas	212
3.1.1 As perspectivas de análise para a solução ao problema das cláusulas abusivas ...	212
3.1.2 As tendências teóricas sobre o ordenamento como um sistema aberto e dinâmico	216
3.2 Alguns fundamentos de hermenêutica jurídica	221
3.2.1 Graus de atividade criativa do juiz: interpretação e integração do direito	221
3.2.2 Métodos tradicionais de interpretação e suas contribuições para a análise	225
3.2.3 Conceito e espécies de lacunas na teoria geral do direito	231
3.2.4 A carência de um regime de controle de cláusulas abusivas no Código Civil	236
a) Lacuna de regulação	237
b) Lacuna involuntária	239
c) Lacuna própria	242
3.2.5 Modos de produção e modos de integração do direito	245
3.3 Pressupostos para a aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor	251
3.3.1 Considerações gerais sobre a integração de lacunas por analogia	251
a) Analogia <i>legis</i> e analogia <i>juris</i>	253
b) Aplicação dos conceitos no caso estudado	257
3.3.2 Critérios para a aplicação analógica na dogmática hermenêutica	259
3.3.3 A verificação da “teleologia imanente” no sentido normativo da lei	265
3.3.4 O direito do consumidor como um direito especial	270
3.4 A aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor	274
3.4.1 A polêmica abrangência do CDC brasileiro	274
3.4.2 Interpretações doutrinárias sobre a aplicabilidade do artigo 29 do CDC	277
a) Os consumidores-equiparados como consumidores potenciais	278
b) Os consumidores-equiparados como todas as pessoas (sem restrições)	281
c) Os consumidores-equiparados como pessoas comprovadamente vulneráveis	286
3.4.3 Análise crítica e adequação da aplicação do artigo 29 do CDC	294
3.4.4 A aplicação analógica da proteção contra cláusulas abusivas e seus critérios	300
a) A vulnerabilidade como condição de similitude	302
b) A presença do contrato padronizado e de adesão reforça a condição de similitude	305
c) A desigualdade de poder negocial como suporte da análise da vulnerabilidade	309
3.4.5 Distinção para a aplicação analógica do CDC por via do art. 29	312
3.4.6 A jurisprudência sobre a incidência do CDC fora das relações de consumo	315
a) Julgados sem apoio no CDC	315
b) Julgados que adotam uma tendência objetivista (maximalista)	316

c) Julgados que adotam uma tendência subjetivista restritiva	320
d) Julgados que adotam uma tendência subjetivista ampliadora	323
e) Julgados que procuram adequar-se ao art. 29 do CDC	324

CAPÍTULO IV

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS E O CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

4.1 Considerações gerais sobre a aplicação de princípios	328
4.1.1 O conceito de princípio como norma jurídica distinta das regras	328
a) As diferenças qualitativas entre regras e princípios	330
b) Críticas e outras concepções metodológicas	333
c) Os princípios e a unidade do sistema jurídico	339
4.1.2 A invocação dos princípios para a invalidação das cláusulas abusivas	343
4.1.3 Natureza jurídica dos princípios subjacentes: exame sobre o princípio do equilíbrio contratual	349
4.1.4 A presença do princípio do equilíbrio contratual no Direito Civil	355
4.2 A aplicação de princípios fundamentais do Direito dos Contratos	357
4.2.1 O princípio do equilíbrio (ou da justiça) contratual	357
a) O princípio da equivalência entre prestação e contraprestação	358
b) O princípio da distribuição equitativa (ou justa) de direitos e obrigações	362
4.2.2 A “convivência conflitual” entre os princípios fundamentais dos contratos	366
a) O princípio da autonomia privada nos contratos negociados	368
b) O princípio da autonomia privada nos contratos padronizados e de adesão	369
c) A tensão entre o princípio da autonomia privada contratual e o da justiça contratual	370
d) A tensão entre o princípio do equilíbrio contratual e outros princípios	374
e) A “precedência” do princípio do equilíbrio nos contratos padronizados e de adesão	376
4.2.3 O princípio da boa-fé e o seu âmbito de aplicação no controle das cláusulas abusivas	378
a) Considerações gerais sobre o princípio da boa-fé	378
b) O princípio da boa-fé e as cláusulas abusivas	382
4.2.4 O princípio da função social do contrato e o controle das cláusulas abusivas	384
a) Considerações gerais sobre a função social do contrato	384
b) A função social do contrato e as cláusulas abusivas	390
4.3 Outras considerações sobre os princípios fundamentais dos contratos	393
4.3.1 A “cláusula geral” de <i>ordem pública</i> e os princípios fundamentais dos contratos	393
4.3.2 Alguns julgados utilizando-se dos princípios fundamentais dos contratos	395
4.3.3 A correlação entre princípios gerais dos contratos e princípios constitucionais ..	403

CAPÍTULO V

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

5.1 Introdução	409
5.2 Pressupostos da análise do Direito dos Contratos à luz da Constituição	410
5.2.1 A eficácia das normas constitucionais nas relações interprivadas	414
5.2.2 A aplicação mediata ou imediata das normas constitucionais?	418
5.2.3 A doutrina da constitucionalização do Direito Civil	421
5.2.4 A afirmação da primazia dos princípios constitucionais	427
5.2.5 Adequação do problema da eficácia das normas constitucionais	430
5.2.6 Modos de eficácia das normas constitucionais e as cláusulas abusivas	432
5.3 Condições de aplicabilidade das normas constitucionais	438
5.3.1 Normas programáticas são de aplicabilidade imediata	438
5.3.2 Normas programáticas e o controle das cláusulas abusivas	442
5.3.3 Normas de direitos fundamentais contêm limites constitucionais	447
a) Os princípios constitucionais como limites à liberdade contratual	447
b) Por uma eficácia (vinculação) imediata para limitar a liberdade contratual	453
5.4 Os princípios constitucionais e a invalidação de cláusulas abusivas (ou ilícitas)	456
5.4.1 O conjunto dos princípios constitucionais envolvidos	456
5.4.2 Noções sobre a aplicação do princípio da livre iniciativa	460
a) O princípio da livre iniciativa e os valores sociais da livre iniciativa	460
b) O princípio da livre iniciativa e outros princípios constitucionais	464
c) O princípio da livre iniciativa em sentido objetivo	467
5.4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana e as cláusulas contratuais	471
5.4.4 Princípio da redução das desigualdades sociais e o conteúdo contratual	474
5.4.5 Princípio da solidariedade e proteção contratual	477
5.4.6 Princípio da igualdade perante a lei <i>versus</i> a garantia do direito à igualdade material	480
a) Breve análise histórica das concepções de igualdade	482
b) A igualdade na lei e a exigência de consideração das desigualdades pelo legislador	483
c) A igualdade na lei para situações de fato desiguais: qual a atuação do juiz?	485
5.4.7 A garantia da igualdade substancial <i>versus</i> o princípio da legalidade	491
CONCLUSÃO	496
REFERÊNCIAS	509

INTRODUÇÃO

O estudo que ora se inicia tem como objeto de análise “a proteção contra cláusulas abusivas nas relações contratuais civis e empresariais”. Mais especificamente, pretende examinar as possibilidades de estabelecer limites ao poder do empresário predisponente na contratação padronizada e de adesão, quando efetivada em relações contratuais civis e empresariais, através do exame judicial dos contratos e nulificação de cláusulas abusivas.

Em suma, o problema que se procura esclarecer é o seguinte: é possível sustentar a ampla análise do contrato pelo juiz, a fim de revisão contratual e declaração de nulidade de cláusulas abusivas, para a proteção do contratante vulnerável, nas relações contratuais tradicionalmente regidas pelo Direito Civil e Comercial (Empresarial)? Dito de outro modo: existe a possibilidade de ampliação da tutela prevista para o consumidor a outras relações que não sejam de consumo, como é o caso das relações interempresariais, de algumas somente unilateralmente empresariais, e das entre cidadãos singulares?

A hipótese básica norteadora do estudo parte do pressuposto de que o arcabouço de princípios da Constituição, do Direito dos Contratos e do Código de Defesa do Consumidor (CDC) propicia aos juízes bases para nulificar todas as cláusulas contratuais abusivas, em benefício dos contratantes mais fracos ou vulneráveis, fora das relações de consumo.

Para comprovar essa hipótese cumpre examinar várias questões, a saber: a) Será possível a aplicação analógica do CDC às relações civis e comerciais e, mais especificamente, às relações interempresariais, ou só unilateralmente empresariais, ou ainda àquelas entre contratantes singulares, que não sejam de consumo? b) Os princípios que regem o Direito dos Contratos, explicitados pelo CDC e pelo Código Civil de 2002, admitirão um exame judicial interno do conteúdo do contrato, para verificação do equilíbrio contratual e possível declaração de nulidade de cláusulas abusivas, em relações contratuais regidas pelo Direito comum? c) Face ao arcabouço constitucional de princípios, previsto para orientar as relações privadas, existirá congruência jurídica se o Estado, por meio do Poder Judiciário, fornecer proteção contra cláusulas abusivas para o contratante vulnerável nas relações contratuais civis e empresariais? d) Permitirá a Constituição brasileira que o Estado intervenha em favor do mais fraco diante da desigualdade de poder negocial e da determinação do conteúdo contratual por apenas uma das partes?

A partir dessas premissas problemáticas, o objetivo geral dessa pesquisa pode ser resumido no seguinte: a) analisar o poder dos contratantes mais fortes nas relações contratuais civis e empresariais; b) estudar

as possibilidades de limitação desse poder através do exame judicial e declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas, com base no sistema jurídico, seja a partir do sistema de controle representado pelo Código de Defesa do Consumidor, seja apoiando-se nos princípios fundamentais do Direito dos Contratos seja, em última instância, pela densificação de princípios Constitucionais.

Do ponto de vista prático, em nossa sociedade esse estudo é importante para beneficiar muitas pessoas e entidades, como pequenos empresários rurais que fornecem matéria-prima a grandes empresas, prestadores de serviços, pequenas empresas comerciais e outras categorias de agentes que intervêm, na condição de aderentes, em contratos padronizados e de adesão. É importante encontrar formas de proteção, a ser prestada pelos operadores jurídicos, a tais contratantes, ainda que esses não sejam consumidores. Mesmo com a entrada em vigor do novo Código Civil, a matéria relativa à proteção contratual e à nulidade de cláusulas abusivas permanece carente — e muito relevante — em sua área de abrangência, uma vez que, nesse diploma, essas questões não são resolvidas satisfatoriamente. Assim, a finalidade desse estudo é servir como suporte ao trabalho dos operadores do Direito que atuam em litígios envolvendo relações contratuais civis e empresariais.

Do ponto de vista teórico, não se tem a pretensão de esgotar a matéria, mas, com certeza, os capítulos que seguem irão despertar a atenção para a grande extensão e complexidade dos problemas existentes na teoria e prática das relações contratuais civis e empresariais. Para citar um deles, é nossa preocupação estabelecer uma discussão sobre a possibilidade de os juízes fazerem maior justiça com suas decisões, aplicando o Direito a partir de princípios. Essa discussão é ainda mais importante se se considerar que há um campo lacunoso, no Direito Civil e Empresarial, no tocante ao controle das cláusulas abusivas. Porém, para sustentar ou refutar essas considerações, é necessário conhecer profundamente a relação entre princípios e regras.

O método de abordagem a ser utilizado na presente investigação fundamentar-se-á na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com predominância do método indutivo. No procedimento, para a apresentação escrita do trabalho, será utilizado o modelo monográfico. Outrossim, serão utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, procedendo-se à coleta, estudo, reflexão e documentação sobre o assunto¹.

A fim de facilitar a compreensão da análise elaborada, o estudo será sistematizado em cinco capítulos. No primeiro, a pesquisa enfocará a mudança de concepções no Direito dos Contratos. No segundo, propõe-se analisar a contratação padronizada e de adesão e suas cláusulas abusivas, realçando a problemática no

¹ Algumas orientações metodológicas foram encontradas em: ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999; MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

âmbito dos contratos civis e empresariais. No terceiro, visa-se examinar a possibilidade de encontrar uma solução pela via da aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor. No quarto, o objetivo será analisar uma solução através da aplicação de princípios fundamentais do Direito dos Contratos. Por fim, no quinto capítulo, o escopo será investigar a possibilidade de eficácia dos princípios constitucionais para fins de controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

No primeiro capítulo, cabe esquadrihar se no estágio das concepções vigentes do Direito dos Contratos será admissível a intervenção judicial para exame interno do conteúdo contratual. A abordagem da mudança de concepções na teoria contratual, para a percepção da historicidade e modificação de conceitos, como o de autonomia privada, é premissa básica para se poder falar em intervenção da atividade judicial nos contratos privados. Recorde-se que, na concepção clássica e neoclássica do Direito dos Contratos, não se nulifica cláusulas abusivas, mesmo quando a parte mais forte se aproveita da sua posição de superioridade, ou de condição mais favorável, para impor à contraparte, através de cláusulas *predispuestas unilateralmente*, situações que destróem a relação de *equivalência* entre direitos e obrigações que deve haver em contratos comutativos. Nessa visão, vale a máxima: *pacta sunt servanda*.

No segundo capítulo pretende-se inicialmente caracterizar os contratos padronizados e de adesão e identificar as suas especificidades. Na nova dinâmica das relações negociais, o contrato padronizado e de adesão se expande cada vez mais, inclusive nos ajustes contratuais civis e empresariais. Dentro do contexto do contrato padronizado e de adesão há um ambiente propício para a proliferação das cláusulas abusivas. Por isso, enfatizar as características básicas desses contratos, evidenciando suas peculiaridades, é fundamental para identificar alguns dos motivos que justificam a reação em busca de um equilíbrio nessas relações. Além disso, cumpre procurar uma fundamentação geral para o controle das cláusulas abusivas, pois a conclusão sobre a extensão do controle dessas cláusulas, fora do âmbito das relações de consumo, dependerá do fundamento que se der à sua existência.

No segundo capítulo ainda cabe estudar o conceito de cláusulas abusivas, distinguindo-as de outras figuras. Incumbe também investigar a definição de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, para conferir as especificações da narrativa legal e, em especial, dos critérios legais da definição. Ademais, nesse capítulo compete estudar o âmbito da proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC, pelo conceito de relação de consumo, notadamente verificando a extensão e alcance das normas dos arts. 2º e 3º, para identificar quais as relações contratuais que estão diretamente protegidas por ele, sem necessidade de qualquer extensão conceitual.

Nesse passo, se dará ênfase à questão das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, apontando alguns contratos onde aparecem problemas bem similares aos do consumo. Observar-se-á que, nesses casos, não há uma previsão legal específica, salvo as hipóteses em que se possa falar de pessoas ou entidades equiparadas a consumidores, nos termos do art. 29 do CDC, e salvo uma ou outra hipótese contemplada no novo Código Civil, como as que se enquadram nas disposições do art. 424. Cumpre investigar, então, se existe uma lacuna de regras, considerando as proposições expressamente direcionadas ao controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Mais além, cabe verificar se é verdadeiro que o Estado protege alguns vulneráveis, mas a outros tantos não oferece o mesmo tratamento, criando dissonâncias na forma de atuação.

Sobre esse pano de fundo se espalha a idéia de que, para a coerência e efetivação das diretrizes fixadas nos princípios do Direito dos Contratos e princípios constitucionais das relações econômicas, o Estado Democrático Social precisa assumir a responsabilidade de realizar um exame interno, quanto ao conteúdo, nas relações contratuais privadas. Um dos caminhos para a assunção dessa função é a ampla *revisão judicial*, independentemente de circunstâncias supervenientes imprevisíveis, assim como, a admissibilidade de *redução judicial* de cláusulas meramente desproporcionais e de declaração judicial de *nulidade de cláusulas abusivas* em todas as esferas da contratação privada. Nesse sentido, esse estudo procura algumas alternativas à dogmática tradicional do Direito Civil, a fim de ajustá-la à noção de Estado Social, dando um passo a mais para que esse se distancie da concepção liberal clássica e mantenha a coerência do seu projeto *de materialização da distribuição equitativa de liberdades subjetivas de ação* e de efetivação da *justiça substancial*.

Nos capítulos III, IV e V, cabe pesquisar quais as alternativas apresentadas pela doutrina e jurisprudência com o fim de proteção dos contratantes vulneráveis. A pesquisa procura alguns caminhos para a supressão de todas as cláusulas manifestamente abusivas, que prejudicam as partes mais fracas nas relações contratuais civis e empresariais. Nessa perspectiva, observar-se-á que vem despontando uma nova visão, a qual mostra a possibilidade de reverter o quadro de concepções que tradicionalmente negam o exame judicial interno dos contratos.

Em linhas gerais, na ordem desses três últimos capítulos, a verificação das possibilidades de contenção do poder do mais forte, por meio de revisões judiciais e com eventual decretação de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, busca apoio hermenêutico: a) na fundamentação teórico-dogmática sobre a aplicação analógica de um ramo do Direito a outro; b) nas doutrinas da metodologia que defendem a aplicação de princípios na prática da decisão judicial; c) nas doutrinas sobre a eficácia (vinculação)

dos particulares às normas constitucionais. Em cada uma dessas análises procura-se demonstrar a aplicação jurisprudencial.

No terceiro capítulo, propõe-se estudar a abrangência do Código de Defesa do Consumidor, especialmente as implicações jurídicas do art. 29 e as suas repercussões no âmbito da proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Assim, se buscará detectar alguma possibilidade de ampliação da tutela nele prevista para os “mais fracos” também para outros ramos do Direito que abarcam relações contratuais regidas pelos mesmos princípios, ou que estejam em similitude de situação. Para tanto, implica responder várias questões, a saber: O Direito do Consumidor é um direito especial ou excepcional? Seria jurídica a simples sujeição de todos os negócios às suas normas, posto que a legislação civil e empresarial continua em vigor? Considerar sempre inaplicável a disciplina da legislação própria da relação de consumo àqueles contratos nela não inseridos, seria a melhor solução jurídica? Seria possível a aplicação “analgica” e “principiológica” daquele ramo do Direito aos contratos regulados pelo Direito Civil e Empresarial? Quais seriam os critérios e limites para essa aplicação?

No quarto capítulo, cumpre inquirir se tem o juiz o direito de intervir na execução do contrato, para reduzir cláusulas desproporcionais e nulificar cláusulas abusivas, a pedido da parte fraca, partindo de princípios fundamentais dos contratos. Se o juiz, com sua acuidade, sente a injustiça da execução integral do contrato em certos casos, ainda assim deverá fazer valer a força obrigatória da palavra dada? Estará de acordo com os princípios da justiça contratual, que preside as relações de troca, manter, nesses casos, a segurança jurídica dos negócios firmados? Trata-se de examinar se a autonomia privada (liberdade contratual) encontra seus limites na juridicidade dos outros princípios. Outrossim, cabe indagar se a *licença* econômica desvanece perante a ofensa aos princípios fundamentais dos contratos, ou seja, se no jogo concertado dos princípios vigentes no ordenamento será possível condenar as cláusulas abusivas em todas as relações contratuais.

No quinto capítulo, boa parte da discussão terá que abordar o problema da eficácia (vinculação) dos particulares às normas constitucionais. Será preciso perquirir, *como* e *em que medida* os agentes privados estão direta ou indiretamente vinculados às normas constitucionais. Se o sistema constitucional brasileiro permite a atuação do Estado para proteção dos vulneráveis nas relações civis e empresariais, quais seriam os limites e critérios face aos princípios constitucionais? Sem abordar essas e outras questões preliminares, não será admissível falar da possibilidade de invocação de princípios constitucionais pelos particulares, nem de uma atuação dos juízes a partir desses princípios, a fim de controlar cláusulas abusivas.

O exame de todos esses pontos de vista acabará apresentando-se como uma tentativa de construir um sistema interpretativo que limite e mine sistematicamente a capacidade adaptativa da concepção liberal. Aposta-se que, através dessa análise, tentando unificar o discurso, será possível, então, construir as bases não contingentes para o desaparecimento da legitimidade aparente dessa ordem de dominação contratual. Talvez seja possível um caminho hermenêutico que permita ligar todo o sistema do Direito Privado dos contratos, a partir dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, visando o controle das cláusulas abusivas. Assim, o Direito dos Contratos poderá ser inserido no Direito exigido pelos novos tempos.

Enfim, trata-se de um estudo técnico-jurídico de compreensão e exegese da normatividade constitucional e infraconstitucional que visa concluir se o Poder Judiciário pode responsabilizar-se por manter, ao mesmo tempo, a igualdade das partes contratantes e a equivalência entre direitos e obrigações, para satisfazer um ideal de justiça encerrado nos princípios do ordenamento. O desejo é que fique mais claro se os juízes podem pautar suas decisões numa concepção de igualdade substancial, encarnada nos princípios do Direito vigente, a fim de desempenhar um papel fundamental na realização da justiça substancial dos contratos.

Por derradeiro cabe dizer que se poderia estudar a ruptura com os postulados da teoria do Estado Social. Note-se que essa teoria e suas instituições estão em débito com as noções de democracia radical. Além disso, 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 e comercialização. Aqui, no entanto, o objeto de preocupação é apenas a coerência do seu projeto em vista da justiça substancial. Acredita-se que isso pode trazer alguma contribuição para a transformação da atuação do Estado.

CAPÍTULO I

A MUDANÇA DE CONCEPÇÕES DO DIREITO DOS CONTRATOS

1.1 Considerações preliminares sobre as influências do paradigma conceitual

As transformações sofridas pelo Direito Privado estão ligadas a modificações, seja na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento do capitalismo e da industrialização, seja no ambiente social, em virtude da mudança de concepções que servem de pano de fundo ou pré-compreensão à interpretação dos textos jurídicos. Diante da mutante realidade socioeconômica é de fundamental importância incrementar a base interpretativa, pois só assim será possível apresentar respostas satisfatórias aos conflitos jurídicos.

Daí se impõe à doutrina a necessidade de uma permanente análise de controle da validade dos conceitos tradicionais, sob pena de restar aos juízes um trabalho mais custoso para escapar dos velhos instrumentos que sempre são colocados nas suas mãos para enfrentar situações novas. O paradigma conceitual ultrapassado geralmente é mais favorável a uma das partes da demanda judicial, por isso reaparece constantemente para o acolhimento ou a refutação do juiz.

No direito contratual moderno há pelo menos dois paradigmas bem definidos que se confrontam: o *paradigma liberal*, que defende a concepção *clássica* ou *liberal*, e o *paradigma do Estado Social*², que defende a concepção denominada *moderna* ou *social* do Direito dos Contratos. É de acordo com o paradigma adotado que o Direito desenvolve uma função de disciplina e harmonização de interesses contrapostos do homem em sociedade³. Ao mesmo tempo, sob essa base paradigmática, o Direito exerce uma função pedagógica sobre o

² Segundo Jürgen Habermas, os contextos sociais nos quais o Direito está inserido enquanto sistema de ação alimentam implicitamente as concepções que servem de pano de fundo à justiça e à doutrina jurídica contemporânea. Existem “conjuntos de sentido não percebidos diretamente pelos afetados, os quais, porém, são capazes de criar laços subjetivos e objetivos entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, servindo-se da imagem que os juristas se fazem acerca de seu respectivo contexto social. A partir daí torna-se claro que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual” (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. em v. 2. p. 123. Para um estudo sobre os paradigmas do Direito do ponto de vista do paradigma procedimentalista, cf. *Idem*, p. 123-190).

³ Compreende-se, como define Ronald Dworkin: “O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 239).

comportamento humano, orientando-o segundo determinado modelo⁴. Ele é informado pelas concepções de justiça que se façam dominantes, para a realização de objetivos e valores individualistas, coletivistas, ou que buscam o *equilíbrio entre individual e social*.

Somente a partir da superação dos paradigmas e conceitos da teoria tradicional individualista é que faz sentido estudar a nulificação de cláusulas abusivas no âmbito das relações contratuais civis e empresariais. É um assunto que ainda soa estranho aos doutrinados e acostumados com os velhos dogmas do paradigma liberal. Ademais, não parece formidável à parte da doutrina que possui uma visão fragmentária da teoria contratual. Outrossim, a abordagem da mudança de concepções na teoria contratual é premissa básica para se poder falar em intervenção da atividade judicial nos contratos privados.

Consoante essa perspectiva, o primeiro capítulo procurará caracterizar a noção de “autonomia privada” na versão dada pela concepção clássica, tentando demonstrar que o modo de compreender essa categoria jurídica impedia qualquer possibilidade de pensar a revisão contratual para nulificação de cláusulas abusivas. Explicitar a compreensão dada ao princípio da autonomia privada na concepção liberal será fundamental para demonstrar, adiante, os resquícios das teses dogmáticas voluntaristas. Tais teses, derivadas da concepção clássica, até há pouco tempo formavam as bases sobre as quais se estabeleceu a formação dos juristas. Por isso, na medida em que se encontram impregnadas na cultura jurídica, continuam impedindo a fluência de novas concepções favoráveis a revisões judiciais que facultem um exame interno, quanto ao conteúdo, para eventual nulificação de cláusulas abusivas, nos contratos civis e empresariais. A presença das velhas idéias é uma das razões essenciais para a controvérsia nessa matéria, daí a necessidade de estudá-las e identificar seu alcance.

Aquela parte da doutrina e jurisprudência que se encontra embebida por antigos postulados, quando a lei é omissa, não busca outro princípio que não seja o da (velha) autonomia privada, para colmatar as lacunas. Tal postura, mesmo sem pretensões ideológicas, acabará caindo na antiga concepção que pretendia assegurar a

⁴ Cf. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 15. Também para Kelsen, na perspectiva psicossociológica, o Direito, como ordem social, tem a função de obter determinadas condutas por parte dos subordinados, isso é, que as pessoas se omitam de determinadas ações consideradas socialmente prejudiciais, e, pelo contrário, realizem determinadas ações consideradas socialmente úteis. “Essa função motivadora é exercida pelas representações das normas [...]” (cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 26.) Segundo ele, “através da representação que os indivíduos se fazem de ordem jurídica pressuposta como válida – podem ser criadas entre os indivíduos relações de fato que, sem essas representações – como motivos da conduta – não teriam existido nem existiriam” (KELSEN, 2000, p. 188). Entretanto, é ainda mais importante destacar, que existe a possibilidade de redefinir as representações das normas, alterando as concepções sobre o que se considera socialmente prejudicial ou útil, mesmo sem a mudança do texto legal. Uma dessas mudanças ocorreu com o conceito de autonomia privada e é preciso enfatizá-lo para multiplicar representações de condutas sociais coerentes com essa nova expressão do Direito.

igualdade (formal) pelas leis *gerais e abstratas*, e a *justiça substancial* pela *verdade* das declarações de vontade. Por consequência dos reflexos dessa visão conservadora, nos contratos civis e empresariais comutativos não será admissível nulificar cláusulas que destróem a relação de *equivalência* entre direitos e obrigações.

A fim de distanciar-se dessa posição que defende uma supremacia do princípio da autonomia privada nas relações contratuais civis e comerciais, é importante estudar algumas mudanças ocorridas dentro da própria teoria liberal do Direito dos Contratos, as quais corroeram os dogmas clássicos. Seguindo nesse passo, adiante, cumpre apontar qual o estágio em que haverá um rompimento com a concepção clássica. Cabe investigar a concepção *moderna* dos contratos, observando qual a fundamentação da vinculação contratual e quais princípios fundamentais dos contratos ela sustenta. Nesse instante ficará claro que os princípios da boa-fé e da justiça (ou do equilíbrio) contratual possibilitam a reconstrução e superação das teorias tradicionais da revisão contratual e controle de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais.

1.2 A concepção liberal ou clássica do Direito dos Contratos

Em cada fase da história a relação entre o Direito e a Economia se exprimiu através de uma linguagem própria, formando um discurso propiciador da imposição de princípios destinados a reger as interações humanas. Este tópico restringe-se ao propósito de introduzir rapidamente a origem da esfera privada contratual moderna, destacando o discurso da concepção liberal e os princípios destinados a reger os contratos dele decorrentes. Essa concepção propugna princípios que acabam resultando na defesa da tese voluntarista, de acordo com a qual não há suscetibilidade de crítica das cláusulas contratuais para decretação de nulidade de eventuais abusividades.

1.2.1 A origem da autonomia privada liberal

Na Idade Média as relações econômicas se realizavam em torno da dominação fundiária e a liberdade, naquele âmbito, tinha um sentido muito diferente do moderno, como ensina Jürgen Habermas⁵. A liberdade negocial moderna tem suas raízes no primitivo capitalismo financeiro e mercantil, ou pré-capitalismo,

que, a partir do século XIII, engendrou o novo sistema de trocas baseado na *troca de mercadorias* e de *informações*. Mas nesse período a negociação ainda estava impregnada pela antiga concepção do lucro “honrado”⁶, o modo de produção ainda estava baseado na produção agrícola feudal de camponeses não-livres e da produção, em pequena escala, de mercadorias oriundas da manufatura urbana⁷. É só com desenvolvimento do livre intercâmbio que irá formar-se a esfera privada burguesa.

Quando surgiram as cidades, os negócios ainda se realizavam sob as regulamentações das corporações, assim como sob regras manipuladas pelo poder político. A expansão das relações econômicas de mercado, entretanto, desenvolve a “nacionalização da economia cidadina” e o surgimento da esfera do “social”, que implodem as limitações da dominação feudal e tornam necessárias formas de autoridade administrativa⁸.

A partir da formação dos Estados nacionais modernos (Inglaterra 1485-1509; França 1461-1483; Espanha 1469) é que passa a ser pertinente a indagação sobre a *razão jurídica* da atuação do Estado no âmbito das relações contratuais que imperou em cada período histórico. É a partir dessa época, final do século XV, que começam a delinear-se as diversas formas de ação do Estado no que respeita à condução de políticas econômicas e intervenções no domínio privado. O mercantilismo surge como reflexo das concepções ideológicas daquele momento. Nesse período, o Estado absolutista assumia um papel direcionador do fortalecimento do comércio interno⁹.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública*: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 17-18.

⁶ Observe-se o exemplo dos contratos de empréstimo, relatado pelo Professor Van Caenegem: “Durante os últimos séculos da Idade Média, o homem europeu viveu um dilema: emprestar a juros torna-se uma prática comum, mas a Igreja recusava-se a suspender a proibição. A legislação secular às vezes reforçava os princípios eclesiásticos, como se vê no exemplo da ordenação de 1199 decretada por Balduino IX, conde de Hainaut e de Flandres. Em consequência, o comércio medieval foi obrigado a recorrer a uma série de subterfúgios e ficções que lhe permitissem desenvolver um sistema de crédito florescente e indispensável, enquanto pelo menos de maneira formal respeitava as restrições religiosas: venda sob condição de recompra (*mortuum vadum*, em que o credor gozava os frutos da propriedade dada como garantia), letras de câmbio, juros de mora (o que era permitido pelos canonistas em certas circunstâncias). Pouco a pouco, a teologia moral começou a reconhecer os juros como o preço do crédito e a autorizá-lo, desde que fosse equitativo. Esse raciocínio podia ser conciliado com a teoria teológica do “preço justo”, segundo a qual cada bem econômico tinha um *iustum pretium* que devia – especialmente nos acordos de crédito - ser adotado”. E acrescenta: “Apesar disso, as objeções de princípio aos juros como usura sobreviveram nos países católicos até o fim do *ancien régime*. Os mais altos juízes e numerosos autores de renome sustentavam que as cláusulas de juros dos contratos eram absolutamente nulas” (grifou-se). (CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 269-271.)

⁷ Cf. HABERMAS, 1984, p. 27-28. Até mesmo a relação de servidão era impregnada de moralidade social, diferentemente do sistema da liberdade contratual moderna que “enxerga na relação de trabalho tão-somente a troca de dois patrimônios considerados de igual valor, trabalho e salário [...]” (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 98-99.)

⁸ Cf. HABERMAS, 1984, p. 31-33.

⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 216. Os princípios básicos subjacentes à política do *mercantilismo* eram: a vontade de fortalecimento do poder através da busca da riqueza (basicamente ouro e prata), o protecionismo pela implantação de fortes barreiras aduaneiras, o favorecimento da exportação e o correspondente desfavorecimento da importação, com a finalidade de

No absolutismo, o Direito Romano, ainda que fora da realidade¹⁰ e só por ser antítese do Direito Canônico, formava a base da regulamentação privada e era a teoria dominante da época. Como assinala Franz Wieacker, o direito das obrigações pressupunha a liberdade contratual, mas os direitos territoriais e municipais ou locais continham restrições quanto a preços, taxas, obrigações regulando a entrega e a oferta, limitações de produção, compromissos de balanço. Enfim, à ordem geral e abstrata, e por isso aparentemente individualista, opunha-se uma multiplicidade de condicionamentos de ordem pública e de ordem corporativa sobre a troca de prestações, obrigações administrativas, profissionais, do direito trabalhista, do direito de moradia e do direito imobiliário, isto é, de todos os pontos críticos do Direito Privado, tanto sociais quanto econômicos¹¹. O poder público eleva-se acima da sociedade privatizada e, seja lá como for, o intercâmbio é orientado por intervenções das autoridades¹² e, em tese, mesmo não existindo a concepção atual de abuso, o poder privado podia ser controlado.

Somente na segunda metade do século XVIII¹³ é que o Direito Privado moderno faz tábula rasa em relação a todas essas obrigações¹⁴. As relações que anteriormente eram vistas em termos de *status*, confiança e dependência econômica, passaram a ser reinterpretadas à luz da nova concepção de contrato, que se torna a fórmula canônica, geral e abstrata para várias relações sociais. Trata-se do fenômeno conhecido como a

estabelecer uma balança comercial favorável. Por outro lado, o mercantilismo utilizava a xenofobia, incentivando rivalidades internacionais. Também, buscava afastar os mercadores estrangeiros e, ao mesmo tempo, como forma de fortalecer o comércio interno, vinculava os próprios mercadores, através de concessões de licenças para o exercício da atividade. Ao final, o fortalecimento econômico do Estado, propiciado pelo mercantilismo, e a centralização nas mãos dos soberanos, trouxe ao mesmo Estado o poder absoluto (cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 218).

¹⁰ Segundo Van Caenegem: “Os séculos XVI e XVII, época clássica do absolutismo, coincidem também com a época clássica do moderno direito romano. Mas o direito romano dessa época era essencialmente um sistema acadêmico, um “direito de professores”. Era posto em prática em processos burocráticos secretos que procuravam, tanto quanto possível, evitar qualquer contato direto com o povo, ao qual o direito se aplicava. [...] O significado do direito era freqüentemente obscuro, e a certeza era nele imponderável [...]” (CAENEGEM, 1999, p. 49.)

¹¹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 221-222; cf. também HABERMAS, 1984. p. 96.

¹² Cf. HABERMAS, 1984, p. 17-37 e 93-96.

¹³ O período que vai desde a segunda metade do século XVIII até ao início do século XIX sofreu várias transformações: “Viu a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos” (CAENEGEM, 1999, p. 161).

¹⁴ Durante o século XVIII, a definição de uma esfera pública, que assume as funções políticas, jurídicas e administrativas reunidas no poder público, se desenvolve sob o pressuposto de mediação da sociedade burguesa e de um mercado tendencialmente liberado. “‘Privado’ era o setor separado dessa esfera pública, mas de modo algum já no sentido de uma liberação de regulamentação pela autoridade: ele só surge como um setor regulamentado mercantilisticamente”. A reprodução da esfera privada e o modo de produção capitalista deviam se desenvolver pouco a pouco autonomamente, de acordo com as leis do mercado. Os donos de mercadorias ganham autonomia privada: “o sentido positivo de ‘privado’ constitui-se sobretudo à base da concepção de dispôr da propriedade que funcione capitalisticamente” (HABERMAS, 1984, p. 93-94).

passagem do *status* ao *contract*, pioneiramente descrito por Henry Summer Maine e posteriormente incorporado e desenvolvido pela tradição jurídico-sociológica ocidental¹⁵.

Outrossim, a idéia clássica de contrato acabou quebrando concretamente todas as limitações que, então, atrapalhavam a valorização do capital industrial. Assim a liberdade empresarial avança passo a passo, conduzindo à eliminação das regulamentações, dos privilégios e controles estatais, através do *laissez faire*, *laissez passer*, chegando, na metade do século XIX, ao auge da era liberal. Enfim, somente com o estabelecimento pleno do Estado de Direito burguês é que se delinea completamente a esfera privada da sociedade burguesa. Significa que a esfera privada só evolui para uma esfera de autonomia privada à medida que se emancipa da regulamentação mercantilista¹⁶. A partir daí esboça-se a chamada concepção liberal.

A tendência em favor do livre comércio encontra defesas nas idéias da Revolução Francesa, dos reformadores, como Calvino, assim como de muitos juristas da Escola de Direito Natural e de autores do Iluminismo (Grotius, Montesquieu e Voltaire, entre outros), que eram a favor da ampla liberdade de contrato, inclusive quanto ao empréstimo a juros, como assinala Van Caenegem¹⁷.

Desse modo, com o auxílio do jusracionalismo, a quem devemos a iniciativa da elaboração dos primeiros códigos modernos¹⁸, serão desenvolvidas as grandes codificações do direito burguês, assegurando, como um dos valores fundamentais, a ampla liberdade na esfera privada. Em especial, no intercâmbio das pessoas privadas entre si, tais legislações visavam assegurar que os indivíduos estivessem livres de encargos corporativistas e governistas. Suas normas garantiam a instituição da propriedade privada e, como seu ponto de

¹⁵ Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 44. A chamada “Lei de Maine” explica muito bem a função ideológica assumida pelo contrato na era moderna. Segundo a teoria de H. S. Maine, o desenvolvimento das sociedades humanas poderia ser sintetizado e descrito pelo processo de transição do “*status ao contrato*”. Se nas sociedades primitivas a posição social de cada um era definida basicamente pelo estamento ou categoria social que ocupava, a qual definia o seu *status*, já nas sociedades modernas a posição social derivava da iniciativa particular de cada indivíduo e das escolhas com liberdade e autonomia, expressadas no contrato.

¹⁶ Cf. HABERMAS, 1984, p. 93-98.

¹⁷ Cf. CAENEGEM, 1999, p. 271.

¹⁸ Segundo Wieacker, “desde o início do século XVIII, os discípulos de Pufendorf adquiriram influência sobre o iluminismo dos Estados autoritários da Europa Central”, e “mais tarde, foram confiadas a juristas de formação jusracionalista as primeiras codificações modernas (§ 19). No conjunto, o seu sistema haveria de sobreviver à época do direito natural jusracionalista, uma vez que a Escola Histórica alemã e a pandectística entretanto adotaram o resumo que de Pufendorf fizeram, é certo que de forma aperfeiçoada, os juristas discípulos de Christian Wolff” (WIEACKER, 1980, p. 353). Como ensina Fernando Noronha, para os jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII, “o Direito Natural seria constituído por princípios que estariam como que inscritos nas estrelas, imutáveis e de validade universal, que a razão humana poderia descobrir, deduzindo-os de si mesma e da natureza do homem. Uma vez apurados tais princípios, seria possível deduzir deles por raciocínios matemáticos (à semelhança daquilo que Espinosa tentou fazer para a Ética, na sua *Ethica More Geometrico Demonstrata*), todo um sistema de direito positivo, válido para todas as sociedades, de todos os tempos e lugares”. Por isso, o jusracionalismo, além de impulsionar para a elaboração dos primeiros Códigos, também abrirá o caminho para a “jurisprudência dos conceitos” (NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988. p. 32-33).

ligação, as liberdades básicas de contrato, de empreendimento e de herança. Os primeiros códigos jurídicos que representam uma sistemática coerente com a concepção liberal clássica foram o da Prússia, publicado em 1794, o da Áustria, em 1811, e entre eles, o clássico do Direito Privado burguês: o Código Civil de 1804¹⁹.

Embora com um perfil particular, na Itália a codificação napoleônica teve influência direta no *Codice Civile* de 1865, conservado substancialmente, também, no de 1942²⁰. O mesmo esquema ficou intacto no Código Civil do império germânico de 1896, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900, o qual repercutiu no Código Civil brasileiro de 1916, e nos de muitos outros países.

Mesmo nesses códigos, bem posteriores ao napoleônico, o legislador não reconheceu ao Direito Privado uma função social própria, ficando aquém da própria literatura social do seu tempo. Como assinala Franz Wieacker: “O controle social dos direitos privados mantém-se nos estreitos limites de um liberalismo eticamente fundado; apesar de todas as boas vontades, permanece como dominante o interesse da sociedade burguesa de concorrência”²¹. Daí decorria a falta de uma preocupação em implementar o controle da justiça substancial, mas isso estava ligado a uma série de outras noções, que devem ser mencionadas rapidamente agora.

1.2.2 Algumas idéias basilares da concepção liberal

Em suma, a teoria jurídica construída pela ideologia liberal assentava em alguns dogmas. A partir da influência do jusnaturalismo e do racionalismo se produziram as doutrinas básicas da teoria do direito individualista, como a concepção de negócio jurídico, pessoa jurídica, direito subjetivo etc²². O primeiro dogma

¹⁹ Cf. HABERMAS, 1984, p. 95. É preciso considerar, no entanto, que alguns institutos jurídicos já haviam surgido antes na Inglaterra, no âmbito do *common law*. Podem ser destacados “a sociedade por ações, o crédito real, os títulos de valores, elementos do Direito Comercial e do Direito marítimo, do Direito de Mineração bem como o conjunto do Direito relativo à concorrência” (HABERMAS, 1984, p. 310, nota 42).

²⁰ Cf. WIEACKER, 1980, p. 576-577; cf. também, GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998. p. 38.

²¹ WIEACKER, 1980, p. 552. Como ensina o prestigiado autor, é característico do Código alemão, que fechou o século XIX, o fato de o natural reconhecimento da liberdade contratual ser apenas sugerido; de a *laesio enormis* do direito comum ter desaparecido; de o BGB ter decidido fundamentalmente contra o princípio da equivalência material provindo da ética aristotélica, tomística e jusracionalista, no caso dos contratos comutativos (cf. WIEACKER, 1980, p. 552, 556 e segs). Segundo Gustav Radbruch, no momento em que surgiu o BGB, já se enunciava a queda da concepção individualista da economia, porém “o novo pensamento social-econômico, o pensamento de que era dever do Estado interferir de forma reguladora, em favor dos economicamente mais fracos, ainda não havia se imposto ao pensamento do direito privado” (RADBRUCH, 1999, p. 77).

²² Segundo Michele Giorgianni, “como se sabe, jusnaturalismo e o racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como ‘Direito Privado’, em função do indivíduo e a considerá-lo como conjunto dos direitos que a esse cabem. No centro desse sistema, cujas origens ideais remontam justamente ao movimento renascentista, está o ‘sujeito’ de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um Estado de sujeição (*subiectum*). O direito subjetivo é

produzido por essas doutrinas é o da *irredutível oposição entre indivíduo e sociedade*²³, por isso faz parte da tradição liberal em geral definir o Estado de direito com base no antagonismo entre um direito que preserva liberdades individuais e um poder político que concretiza fins coletivos²⁴.

Nesse contexto de oposição, as relações entre Direito Privado e Direito Público eram bem definidas. Ao Direito Privado cabia regular o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, por isso, segundo a fórmula kantiana, a sua fonte residia nos princípios da razão; enquanto o Direito Público era aquele que provinha do Estado, fruto da vontade do legislador, voltado para assegurar objetivos de interesse geral. Esses dois grandes ramos do Direito são tidos como esferas impermeáveis, “reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender às exigências do próprio indivíduo”, como diz Michele Giorgianni²⁵. Dessa idéia básica deriva o entendimento de que o Estado é um mal necessário e, por isso mesmo, as suas funções devem restringir-se ao mínimo.

Outra idéia provinha do *princípio moral da autonomia da vontade*, do qual decorre a tese voluntarista, ou seja, a vontade humana é essencial para a organização do Estado, bem como para as relações contratuais, etc. No âmbito econômico reinava a noção oferecida pelo *princípio da liberdade econômica (laissez faire, laissez passer)*. E, finalmente, a *concepção formalista*, meramente teórica, *da igualdade e das liberdades básicas*, isto é, afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, mas sem haver a preocupação de proporcionar as condições concretas necessárias para o exercício de tais liberdades, conforme assinala Fernando Noronha²⁶. É nesse sentido, que para a liberdade contratual, na concepção liberal, bastava a justiça do procedimento. Vale dizer: se as partes cumprissem as *prescrições formais*, o resultado deveria ser considerado correto ou “justo”.

por isso entendido como poder da vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o ‘contrato’ como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo e direito positivo, através da ficção do ‘contrato social’, é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado” (GIORGIANNI, 1998, p. 38). Nessa senda, Wieacker explica que foi o jusracionalismo que ofereceu, já no século XVIII, a possibilidade de ordenar as exposições do *direito positivo* em um sistema; um sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais. Com apoio em antigas figuras da antropologia moral, o jusnaturalismo fundamentou a possibilidade lógica da obrigação contratual, da validade do direito e do dever de prestação. Doutrinas privatísticas como as do sujeito de direito, da declaração da vontade e do negócio jurídico também foram favorecidas por aquelas figuras e expressas como teorias gerais. Pode-se dizer, sem menosprezar o árduo trabalho da jurisprudência romanística e canonista da Idade Média, que são princípios jusnaturalistas transformados em princípios de caráter técnico-jurídico e até hoje peças fundamentais da dogmática privatística (cf. WIEACKER, 1980, p. 309-310). Depois de passarem pela teoria do direito de Kant, os conceitos de autonomia privada, direito subjetivo, propriedade e sua exigência foram recolhidos pelo positivismo científico e vieram diretamente ao encontro dos interesses da classe dos empresários (cf. WIEACKER, 1980, p. 505).

²³ Cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.

²⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Tradução de George Spender & Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 365.

²⁵ Cf. GIORGIANNI, 1998, p. 38-39.

São as idéias básicas do século XIX que formam o pano de fundo da concepção tradicional, ou clássica, do Direito dos Contratos, a qual terá hegemonia até o último quartel do século XX. A renúncia ao problema do equilíbrio material dos contratos e a insistência na liberdade contratual sem limites expressam não só a absoluta confiança na segurança econômica produzida pelo próprio mercado, mas também um ideal caracterizado pelo racionalismo do comportamento, pela auto-responsabilização e pela capacidade de avaliação dos sujeitos de direito²⁷.

Essas idéias formam o conteúdo das doutrinas e concepções cuja influência ideológica se estenderá até nossos dias, tanto na literatura jurídica como na mentalidade acadêmica e, por conseqüência, atingem os juristas de nosso tempo²⁸.

1.2.3 A autonomia privada na concepção clássica do Direito dos Contratos

Como bem observa Habermas, a concepção liberal do Direito ancora-se no princípio básico subjacente de realização da liberdade contratual sob *distribuição eqüitativa de liberdades de ação subjetivas*²⁹. Atualmente, ao avaliar o mecanismo para conseguir tal feito, pode ser-lhe atribuída a pecha de duvidosa ou ideológica, devido a seu caráter procedimental “puro” ou formal, baseado em dois elementos: “a generalidade como garantia da igualdade e a correção, isso é, a verdade como garantia da justiça”³⁰. Acreditava-se que o exercício da liberdade contratual se realizaria numa esfera livre de dominação e sobretudo livre de poder; ou seja, “o poderio econômico de qualquer proprietário de mercadorias é concebido dentro de uma escala em que ele não pode ter nenhuma influência sobre o mecanismo dos preços e, em decorrência disso, jamais pode tornar-se efetivo como poder sobre outros donos de mercadorias”³¹.

Dessa forma, a esfera privada orientada pelas leis do mercado seria neutra e livre de dominação. Também, como observa Habermas, isso significa que não poderia haver nenhuma intervenção externa no processo de trocas, justamente para que este funcionasse no sentido do bem-estar de todos e respeitasse uma

²⁶ Cf. NORONHA, 1994, p. 64.

²⁷ Cf. WIEACKER, 1980, p. 552-553.

²⁸ Cf. NORONHA, 1994, p. 41.

²⁹ Cf. HABERMAS, 2002, p. 376-377.

³⁰ HABERMAS, 1984, p. 262. Segundo ensina Franz Wieacker, “a imagem do direito dos códigos civis é a seguinte — uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do século XIX, isso constituía, essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial. Por isso, o direito dos outros grupos sociais devia ser excluído da codificação [...]” (WIEACKER, 1980, p. 528).

justiça de acordo com o critério da eficiência individual. As garantias jurídicas do Direito Privado burguês deveriam assegurar o “mercado livre”. Assim, as funções do Estado só poderiam estar ligadas a leis gerais e abstratas, e os pressupostos da organização eram a competência (“administração racional”) e justiça formal (“justiça independente”), para permitir a racionalidade dos interesses privados, através da “previsibilidade” ou cálculo de lucros³².

O pensamento clássico do século XIX concebia o fenômeno econômico como um sistema fechado de relações que se realizavam espontaneamente no mercado. Não se admitia que o Estado emanasse leis para direcionar a atividade econômica, ou para manter o equilíbrio contratual efetivo através de alguma intervenção.

Adam Smith foi o arauto das idéias consagradas de uma “ordem natural da economia”³³. Segundo sua doutrina, cada indivíduo, buscando seu próprio interesse, “é conduzido por uma mão invisível” que acaba promovendo o interesse público. Dessa forma, a teoria do individualismo liberal afirmava a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Em consequência, era preciso valorizar a vontade dos indivíduos e o Estado não podia intervir nas relações contratuais, como enfatiza o *Code Napoléon* de 1804 (art. 1.134): “as convenções legalmente formadas são como lei (*tiennent lieu de loi*) para aqueles que as fizeram”³⁴.

A concepção clássica dos contratos — individualista, liberal e centrada na idéia de valor da vontade — influenciará o pensamento jurídico brasileiro, sendo recepcionada pelo Código Civil de 1916³⁵. Refletia aquilo que já vinha sendo incorporado nas primeiras constituições brasileiras, as quais também revelavam um caráter puramente liberal, defendendo apenas as liberdades em *sentido negativo* e impondo ao Estado o dever de *garantir* os direitos individuais, entre eles o direito individual de propriedade em toda a sua *plenitude* (Constituição de 1824, art. 179, § 22; Constituição de 1891, art. 72, § 17)³⁶. Portanto, os dois pilares dessa concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos compreendidos como esferas sobre as

³¹ HABERMAS, 1984, p. 99.

³² Cf. HABERMAS, 1984, p. 99-100. Por isso, o capitalismo industrial precisava poder contar com a segurança e a objetividade do funcionamento da ordem jurídica, com o caráter racional, em princípio previsível, da administração e da justiça. A previsibilidade da atuação do Estado burguês de direito fazia com que a própria Justiça passasse a exigir uma jurisprudência científica e neutra. O juiz era obrigado seguir diretrizes fixas, comprováveis e aprovadas pela opinião pública, com um compromisso de equidade formal (cf. HABERMAS 1984, p. 311, nota 52 e p. 312, nota 54). Significa que até mesmo as leis e os poderes do Estado deveriam ser conduzidos na ordem natural.

³³ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 22-23, 218-219.

³⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 63-64.

³⁵ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39. Sobre as origens da concepção tradicional de contrato ligadas ao Direito canônico, Direito natural, teorias de ordem política, Revolução Francesa, e teorias econômicas do liberalismo, cf. MARQUES, 1998, p. 40 et seq.

³⁶ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 220.

quais se exerce a plena autonomia do indivíduo³⁷. Essas idéias do liberalismo clássico formaram, durante muitos anos, a base da cultura jurídica brasileira, no que diz respeito aos contratos civis e empresariais.

Portanto, na concepção clássica dos contratos, o princípio fundamental é o da liberdade contratual. É princípio derivado da idéia de vontade livre, governada pelo próprio indivíduo, sem influências externas imperativas. A noção de liberdade contratual contém a idéia de liberdade de contratar ou não, de escolher o parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que se quer assumir, de poder exprimir a vontade na forma em que se desejar, contando sempre com a proteção do Direito³⁸.

Além do princípio da *liberdade contratual*, a concepção clássica dos contratos defende também o princípio da *obrigatoriedade*, ou da *vinculatividade do contrato*. Segundo a síntese esclarecedora de Fernando Noronha, o *princípio da obligatoriedade* do contrato consistiria na vinculação das partes ao estipulado, ficando elas subjugadas ao respectivo cumprimento, sob pena de sofrer as sanções previstas tanto no contrato como na lei. O contrato constituía-se numa “lei” entre as partes e as cláusulas haviam de ser cumpridas como normas; por isso, invocava-se a máxima *pacta sunt servanda*. Dessa forma, a declaração de vontade fixada no contrato afastava as normas jurídicas dispositivas e tornava-se superior à lei. Em suma, o princípio da obligatoriedade, ou da vinculatividade, traduz a idéia de *intangibilidade*, isso é, da “impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão judicial”³⁹.

Assim, a idéia de força obrigatória dos contratos, ancorada na superioridade da vontade sobre a lei, significava que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um acordo normativo, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular. As exceções são poucas, somente quando as partes firmarem um novo

³⁷ Cf. GIORGIANNI, 1998, p. 39. Gustav Radbruch explica as concepções burguesas de igualdade e liberdade formal e arremata: “A *liberdade de contrato* é um dos pensamentos fundamentais do direito patrimonial, o outro a *liberdade de propriedade*, a liberdade de fazer com a sua propriedade o que bem quiser – em vida ou para além da morte (*liberdade de testar*). E nisso evidentemente se desconhece que liberdade contratual e propriedade não são combináveis entre si, que propriedade privada unida a liberdade contratual não significa apenas um poder sobre coisas, mas uma força sobre homens, e que liberdade contratual pode significar liberdade para aqueles que possuem esse poder, mas impotência para aquele contra quem ele se dirige [...] Chamamos de capital a propriedade privada quando concede poder não apenas sobre coisas, mas sobre homens. Liberdade contratual em relação a propriedade privada, é essa a base jurídica do sistema capitalista. Acontece que a essência de uma ordem jurídica social consiste, no interesse dos economicamente fracos, em impor limitações à liberdade contratual, e obrigações à propriedade” (RADBRUCH, 1999, p. 79).

³⁸ MARQUES, 1998, p. 45.

³⁹ NORONHA, 1994, p. 42, cf. também PASCUTI, Caroline Paludetto. Autonomia da vontade em face dos contratos de consumo. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1. p. 49 et seq.

acordo, ou pelos vícios do consentimento (conforme os arts. 138 a 165 do Código Civil), ou ainda pelas figuras do caso fortuito ou força maior (art. 393, parágrafo único, do Código Civil).

Nessas considerações da intangibilidade do contrato encontra-se a idéia principal que exige destaque: *na concepção clássica, o Judiciário não poderia fazer um exame interno quanto ao conteúdo do contrato*. Nesse sentido, como bem explica Cláudia Lima Marques:

Essa força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor frente à tutela jurisdicional. Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato⁴⁰.

Se, por um lado, o consentimento viciado ofendia o dogma da autonomia e assim não obrigava, por outro lado, o chamado “consentimento livre” obrigava mesmo com toda a disparidade de forças na expressão da vontade e imposição por uma das partes de um conteúdo injusto ou abusivo do contrato. Assim, na visão tradicional, a parte mais fraca não podia recorrer ao Direito a não ser em casos especialíssimos. Não serão considerados os desequilíbrios entre direitos e obrigações, bem assim os motivos e expectativas originais que levaram o indivíduo a contratar⁴¹.

No fundo, como conclui Fernando Noronha, o princípio da liberdade contratual e o da obrigatoriedade do vínculo são corolários essenciais do princípio da *autonomia da vontade*, “segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido”⁴². O princípio da autonomia da vontade é completado por outros dois princípios: o *princípio do efeito relativo dos contratos*, segundo o qual “se as partes só se obrigam na medida da sua liberdade, então os contratos não podem beneficiar nem prejudicar terceiros”; e o *princípio do consensualismo*, isto é, “se as partes são livres para contrair obrigações, então ficarão vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido, sem necessidade de se subordinarem a quaisquer formalidades”⁴³.

Ao ancorar-se apenas nessa principiologia, a concepção clássica concebia que a intervenção do Estado era perniciosa, comprometedora do equilíbrio contratual e implicava injustiças. As partes eram soberanas, por isso as manifestações de vontades eram autênticas. Se o Judiciário fosse chamado a intervir, a interpretação do contrato deveria ser operada mediante a indagação da vontade interna e, em caso de conflito, deveria-se ater

⁴⁰ MARQUES, 1998, p. 47.

⁴¹ Cf. MARQUES, 1998, p. 48.

⁴² NORONHA, 1994, p. 43.

⁴³ NORONHA, 1994, p. 43.

ao teor literal das palavras dispostas, quando claras e precisas. A preocupação fundamental era com a segurança, que era obtida através da imutabilidade da palavra prestada⁴⁴.

A doutrina e jurisprudência que se basear na concepção clássica do Direito dos Contratos refletirá, na dogmática do Direito Civil e na prática da decisão judicial, uma fundamentação básica no princípio da autonomia da vontade e seus corolários da velha versão. Por isso, seja nos compêndios acadêmicos, nas obras gerais ou nas monografias, muitos autores estão de acordo em que a liberdade contratual é *princípio-regra*. Ainda que, assumindo uma nova postura, façam intervir a noção de *supremacia da ordem pública* como limite ou restrição dessa liberdade, a preocupação com outros princípios, muitas vezes, é secundária, ou lhes é atribuído um caráter extrajurídico, como é o caso do princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual⁴⁵. O cuidado maior será com as “regras morais do tráfico”, sem elementos de caráter social próprio que representem profunda preocupação com o equilíbrio efetivo nas relações contratuais.

Assim, outros princípios que poderiam servir de instrumento para revelar as lacunas e suprimi-las ficam ofuscados, perpetuando-se a resistência contra uma possível abertura para a análise de cláusulas abusivas na dimensão que requer a contratação moderna. Desse modo, a falta de um regime jurídico das cláusulas abusivas para os contratos civis e empresariais nem se apresenta como lacuna, mas como consequência do âmbito reservado ao livre desenvolvimento da autonomia privada e à conformação do interesse próprio.

Entretanto, desde há muito, economistas⁴⁶ e politólogos vêm abandonando a idéia de que o individualismo e o agir estratégico orientado pelo sucesso próprio conduzem à estabilidade das interações sociais, resultando na felicidade geral. Mas, então, por que os velhos instrumentos do Direito, forjados na estrutura do Estado Liberal, são ainda defendidos no âmbito das relações civis e empresariais? O estudo da nova realidade contratual levará à conclusão da necessidade de um novo pensar.

⁴⁴ Cf. MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: RT, 1996. p. 62.

⁴⁵ Cf. NORONHA, 1994, p.44-62.

⁴⁶ É assustador que no Brasil, no campo da economia, ainda haja quem defenda uma concepção puramente negativa da liberdade. Para Ubiratan J. I. de Souza, representante da Escola Austríaca de economia, “quando a lei não atende às características de negatividade, ela pode ter como consequência a desfiguração e até a destruição da liberdade... O liberalismo rejeita o conceito positivo de lei...”. Essa escola só admite a concepção de liberdade negativa (“liberdade de”), como sinônimo de ausência de coerção ou constrangimento imposto por outrem (como pelo Estado, indivíduos, ou grupos) (cf. IORIO, Ubiratan Jorge Iorio de Souza. *Economia e liberdade: a Escola Austríaca e a economia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 27-29). Assim, o Estado “tendo sido criado pelos indivíduos para proteger os direitos individuais básicos à vida, à liberdade e à propriedade, deve ater-se, essencialmente, a manter a autoridade da lei, através do direcionamento de seu poder coercitivo para o estabelecimento e garantia do cumprimento das regras gerais de conduta...” (*ibid.*, p. 44). “O que o governo deve fazer é, apenas: (1º) encorajar a competição e (2º) colocar sua própria casa em ordem, abstendo-se de criar monopólios e favorecer oligopólios” (*idid.*, p. 83). As questões da igualdade e da ‘justiça distributiva’ (ou da ‘justiça social’) servem muito bem para mexer com emoções intuitivas, mas não devem servir como argumento para a defesa da intervenção do Estado na ordem espontânea do mercado (*ibid.*, p.

1.3 A nova realidade contratual e a crise da concepção tradicional

Nessa seção será estudado o processo de crise da concepção tradicional e de renovação da teoria contratual. Cabe indagar: Como se caracteriza a crise da concepção clássica? Quais os principais fatores que influenciaram a transformação da teoria contratual? Além disso, cumpre evidenciar: Qual o estágio teórico atual, no âmbito dos contratos civis e empresariais? Ainda existem bloqueios à nulificação de cláusulas abusivas nessa área de abrangência? Tudo isso precisa ser visto agora.

1.3.1 As transformações da realidade contratual e a crise da concepção clássica

A crise da concepção clássica do Direito dos Contratos pode ser visualizada como uma crise cíclica dividida em dois grandes momentos: uma crise inicial e uma terminal.

A concepção liberal atomística de liberdade do indivíduo no mercado veio a ser desmentida pela realidade histórica, apresentando sinais bem evidentes de uma crise inicial na segunda metade do século XIX. Entre os anos 1850 e 1880 ocorreram as transformações do capitalismo em direção à formação de grupos econômicos oligopolísticos, dando origem ao novo Estado industrial. A concentração econômica, orientada pelos princípios de *maximização dos lucros* e da *segurança*, visava a aumentar sua dimensão, quer pela ampliação de sua extensão setorial e geográfica, quer também pela eliminação da concorrência.

Motivados por esse desejo, os capitalistas procuraram munir-se dos instrumentos necessários para atingir seus objetivos. Esses instrumentos levaram a dois direcionamentos opostos, considerando que todo empreendimento tem custos e benefícios: era preciso *externalizar os custos e internalizar os benefícios*. Não foi difícil arquitetar formas para dar concretude a esse desiderato de eliminar o formalismo e, ao mesmo tempo, garantir firmeza, estabilidade, segurança e eficácia dos negócios⁴⁷. Porém, seguindo esse rumo, o sistema que se esboçou *deixou de proteger os socialmente fracos e criou oportunidades amplas para os socialmente fortes*⁴⁸.

171 et seq.). Não é preciso entrar no mérito dessas colocações, cabe dizer apenas que os fatos históricos encarregam-se de refutar essa teoria.

⁴⁷ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Cláusulas Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1995. p. 53.

⁴⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais / Fascículo Civil*, São Paulo, ano 88, n. 765, p. 11-33, jul. 1999. p. 12. A mentalidade dos juristas ancorada na pandectística, assim como o Estado de Direito burguês, o

Surgem então os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade de comércio, os quais poderiam ser caracterizados como sinais da crise inicial da concepção clássica.

O culto à liberdade, em sentido negativo⁴⁹ apenas, estava levando a conseqüências inadmissíveis. De um lado, o grande poderio econômico acumulado pelas empresas passou a impor pesados ônus à classe trabalhadora e consumidora. Por outro lado, conduzia cada vez mais ao *fracasso do mercado* e demonstrava a necessidade de intervenção para garantir a *livre competição*. Então, o Estado tinha que adotar uma postura de atuação positiva, não para impedir a concentração de empresas, mas para evitar o colapso do sistema.

Pouco a pouco, todos os países avançados sacrificam, em favor de um novo protecionismo, os sagrados mandamentos do *free trade*. Essa evolução logo desencadeou uma legislação *anti-trust* nos Estados Unidos e uma legislação contra cartéis na Alemanha⁵⁰. Mais adiante no tempo surgiram as legislações trabalhistas.

É somente no período entre as duas grandes guerras que haverá realmente mutações significativas nas estruturas jurídicas, o surgimento de um novo Direito e a imperiosidade da atuação do Estado no domínio econômico, conforme explica Leopoldino da Fonseca⁵¹. Seria o início da crise terminal da concepção clássica.

Com efeito, as profundas transformações ocorridas a partir da Revolução Industrial e o crescente poder econômico da empresa moderna, associados ao fenômeno da massificação da sociedade, produziram uma

Direito Privado abstrato e a sua autonomia privada tornaram-se instrumentos de manutenção das injustiças sociais, elementos favoráveis para os grupos econômicos em expansão da fiança, do comércio e da indústria, em desfavor das profissões e classes desprovidas de capital. Por isso, “o positivismo científico encontra-se numa sintonia inconsciente com exigências políticas e econômicas da época liberal” (WIEACKER, 1980, p. 504-505).

⁴⁹ A liberdade positiva e negativa pode ter mais de um sentido. Isaiah Berlin designa *liberdade negativa* “a área em que um homem pode agir sem obstrução de outros”: “Ser livre nesse sentido, em minha opinião, significa não sofrer interferências dos outros”. Esse sentido está implicado na pergunta: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”. E a *liberdade positiva* é aquela “que consiste em ser-se amo e senhor de si”. Esse segundo sentido, é o que está implicado na resposta à pergunta: “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?” E conclui: “A essência do conceito de liberdade, nos sentido ‘negativo’ e ‘positivo’, é manter à distância algo ou alguém — outros que invadem o meu campo ou impõem sua autoridade a mim, ou suas obsessões, medos, neuroses, forças irracionais — intrusos e déspotas de todos os tipos” (BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981. 136-137, 140 e 160; para uma análise desses conceitos cf. FERRAJOLI, Luigi et. al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Trotta, 2001a. p. 300-314).

⁵⁰ HABERMAS, 1984, p. 171.

⁵¹ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 221-222. João Bosco Leopoldino da Fonseca explica: “Foi justamente o surgimento da concentração econômica que fez surgir uma nova disciplina jurídica das relações, quer pela necessidade de conter aquela força, para impedir que ela sufocasse os outros elementos do mercado, quer pela necessidade de preservar aquela nova feição econômica, para impedir que o seu desaparecimento destruísse o próprio mercado” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 15).

nova realidade contratual. Em vez do clássico contrato paritário, discutido e com cláusulas resultantes de um acordo a que as partes chegavam, foram surgindo de forma crescente os contratos massificados⁵².

Esses contratos, melhor caracterizados como “contratos padronizados e de adesão”, na expressão cunhada por Fernando Noronha⁵³, conjugam duas realidades distintas: é “*padronizado*”, porque as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo predisponente, e é “*de adesão*”, porque não há poder de negociação da parte do aderente. Se, em função da desigualdade, uma parcela de “adesão” parece ter sempre existido na contratação, a padronização, entretanto, é realmente fenômeno novo. Uma vez conjugadas essas características e aplicadas em todas as relações contratuais, revelaram a crise terminal da concepção clássica do Direito dos Contratos.

1.3.2 Os contratos padronizados e de adesão exigem a renovação da teoria contratual

Não cabe aqui neste tópico uma análise detalhada dos chamados “contratos padronizados e de adesão”, a qual será aprofundada no capítulo II. Por ora, basta apenas um exame instrumental e acessório para perceber os motivos da profunda insuficiência da concepção clássica para responder aos problemas atuais do Direito dos Contratos. Essa breve análise servirá para enfatizar que, por mais boa vontade que os profissionais do

⁵² Vários estudos sobre o assunto apontam para o aspecto das novas modalidades de contratação com cláusulas predispostas que predominam na vida moderna. Somente para citar alguns, cf. BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de adesão e o sancionamento das cláusulas abusivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 648, p. 17-20, out. 1989; As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 106, p. 161-172, abr./jun. 1990; cf. também WALD, Arnold. Do contrato de adesão no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, p. 257-266, abr./jun. 1980.

⁵³ Cf. NORONHA, Fernando. *Direito do consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor*. (MIMEO), Florianópolis: UFSC, 2002, p. 234 e segs. 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 et seq., sobre a preferência da expressão, p. 312 et seq. 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)* (cf. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira, 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002. p. 111; cf. também NORONHA, 1991, p. 92, nota 23). Há autores, porém, que mesmo se referindo à expressão “contrato de adesão” conseguem perceber que se trata de duas realidades. Por exemplo, na definição de Antônio Pinto Monteiro, “contratos de adesão” são aqueles em que as cláusulas são “*predeterminadas unilateralmente*” (tal como os padronizados) e a “liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto” (tal como os de adesão) (cf. MONTEIRO, 1985, p. 340).

direito possam ter, dentro da concepção clássica não há possibilidade de uma resposta plausível aos entraves da nova realidade contratual, principalmente com relação às cláusulas abusivas⁵⁴.

O novo ambiente da produção e distribuição está infestado de formas de intercâmbio massificadas, sobrecarregadas de um poder impositivo subjacente, que colocam em cheque a concepção liberal do Direito dos Contratos. Ao desvelar o exercício do poder privado, e especialmente a oportunidade de fazer mau uso dele através dos contratos padronizados e de adesão, surgem boas justificativas para maior abertura ao exercício do poder do Estado sobre eles.

Desde logo, pode-se dizer que o capitalismo globalizante e concentrador exige cada vez mais atuações positivas do Estado. As novas formas de contratação escapam da possibilidade de um procedimento de negociação equitativa; com isso, se apresenta cada vez mais forte a necessidade de superação do dogma da autonomia privada, que restringe a admissibilidade de intervenção judicial no contrato apenas ao plano externo.

Razões ligadas à *racionalização, planejamento, celeridade e eficácia* tornam o contrato padronizado e de adesão um processo indispensável de negociação da empresa⁵⁵. Sua utilização teve início no âmbito interno da empresa, para uniformizar a contratação de trabalhadores. Paulatinamente foram sendo expandidos para a distribuição de bens e serviços aos consumidores, e na atualidade estão sendo implementados na contratação entre empresas e fornecedores não empresários, bem como em relações interempresariais. Ou seja, devido à imensa quantidade de negócios realizados pela grande empresa, ocorre também a massificação dos contratos entre as próprias empresas e, em conseqüência, há necessidade de padronização desses contratos⁵⁶. Então, hoje, aquele que pretende negociar com a grande empresa, seja essa relação de consumo, seja civil ou empresarial, certamente irá se deparar com um contrato padronizado e de adesão.

⁵⁴ Sobre o “contrato de adesão” e a possibilidade de inserir cláusulas abusivas cf. PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 319 et seq.; LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 107 et seq.

⁵⁵ Cf. MONTEIRO, 1985, p. 342.

⁵⁶ Segundo Renata Mandelbaum, os principais fatores responsáveis pela transformação dos contratos são: a) o processo de concentração na indústria e no comércio, correspondendo a uma crescente urbanização e standardização; b) a crescente substituição da negociação individual pela coletiva, na sociedade industrial; c) a expansão das funções estatais de *Welfare and social service* e; d) alastramento das convulsões políticas, econômicas e sociais (cf. MANDELBAUM, 1996, p. 16). Por sua vez, Arnoldo Wald, em que pese utilizar a terminologia “contrato de adesão” para aqueles que chamamos de “contratos padronizados e de adesão”, leciona também sobre as razões do surgimento desses contratos. Segundo o autor: “O contrato de adesão decorre seja da técnica amplamente desenvolvida do nosso tempo, em que as grandes empresas fixam modelos de contratos que apresentam ao público, seja da interferência do Estado na economia nacional, determinando que certos modelos de contratos só possam ser utilizados após a aprovação governamental, que deverá ser dada pelos órgãos competentes. Trata-se de uma standardização do contrato, na qual uma das partes impõe o conteúdo do contrato à outra, não havendo entre os contratantes a igualdade jurídica, mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal policitização admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta” (WALD, 1980, p. 260).

Acresce, ainda, que o processo de aumento do constrangimento da liberdade contratual dos mais fracos não parou: a situação vem se agravando em decorrência do processo de globalização da economia. Mesmo fora das relações de consumo, tem-se o problema da disparidade de poder entre as empresas transnacionais e algumas empresas nacionais; ou, mesmo entre as próprias empresas nacionais, temos umas que são maiores em relação às outras, ou aos contratantes sem poder negocial; todos esses são mais frágeis às estipulações das primeiras. Atualmente as decisões são tomadas pelo conjunto das empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem os interessados em contratar⁵⁷. São conseqüências inevitáveis do capitalismo, que tem seu motor na competição e concentração de capital, as quais se alastram na medida em que conseguem utilizar-se da disparidade de poder negocial, bem como dos mecanismos que garantem o cumprimento dos contratos e das demais benesses do Estado.

Assim, se por um lado está assentado que a contratação com base em *cláusulas gerais* previamente elaboradas, a que a contraparte se limita a aderir, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de negociação imprescindível, funcionalmente ajustado às estruturas produtivas atuais, por outro lado, o que não se pode deixar de se sublinhar é a *especificidade* dos contratos padronizados e de adesão, que é determinante para a busca de medidas adequadas para enfrentar com êxito os perigos que eles acarretam, como destaca António Pinto Monteiro⁵⁸.

São esses riscos da nova realidade contratual massificada que fornecem algumas justificativas à abertura de um caminho para exame interno e a declaração judicial de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais. Na medida em que se percebe o alastramento dos novos modelos padronizados a todas as esferas da contratação privada, a concepção clássica não resiste à força argumentativa dos problemas imbricados nesse tipo de acordo. Mas isso, como assinala Orlando Gomes, não porque haja alguma espécie de vício do consentimento, ou porque o de alguma das partes seja de menor valor, pois, uma vez que a lei não mede a força das vontades, é irrelevante que uma seja mais fraca do que a outra⁵⁹. Todavia, como destacou Georges

⁵⁷ Pode-se dizer que, no “jogo” da contratação moderna, uma tal sociedade não joga e é objeto de um “jogo” que a ultrapassa completamente. Neto Lôbo, citando Fábio Konder Comparato, mostra que na concepção tradicional a “liberdade” de mercado não era tão agressiva como hoje, o monopólio era excepcional e considerado aberração. No entanto, atualmente as decisões são tomadas pelo conjunto das empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem as demais unidades, pequenas e médias. Observa Comparato que “a história nos ensina que todo poder, livre de peias, degenera naturalmente em pura força a serviço de seu titular”. Portanto, é veemente a necessidade de limites ao poder empresarial, assim como foi necessário limitar o poder do Estado Absolutista. O poder econômico passou a ser a regra e deve ser exercido segundo uma função social (cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15-16).

⁵⁸ Cf. MONTEIRO, 1985, p. 343.

⁵⁹ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 125.

Ripert, “não é a desigualdade dos contratantes, só por si, que torna o contrato suspeito, é o abuso possível emergindo dessa desigualdade”⁶⁰.

Diversos aspectos demonstram o acréscimo dos riscos nos contratos padronizados e de adesão. Neles estão ausentes as negociações contratuais, assim não há possibilidade de o aderente intervir na conformação do contrato; além disso, a contraparte pode, muitas vezes, desconhecer aspectos importantes da regulamentação predisposta, ou não ter plena consciência do seu alcance. Também freqüentemente a empresa, valendo-se de sua situação de força, pela posição que ocupa no mercado, e da forma como esse contrato é estabelecido, aproveita para nele inserir cláusulas abusivas ou injustas.

Enfim, esses fatores, entre outros, já são suficientes para fazer sentir a necessidade de controle sobre os contratos padronizados e de adesão em geral, não só no nível da *tutela da vontade* do aceitante, como também no nível de uma *fiscalização do conteúdo* das cláusulas gerais do contrato, “ditada por razões de justiça comutativa”, como diz Pinto Monteiro⁶¹. E acrescenta-se, com esse autor:

Embora essa proteção se justifique particularmente no caso de o aderente ser um mero consumidor final, como dissemos, tal não obsta, porém, a que a situação de inferioridade, qualquer que ela seja, no caso concreto, de uma empresa relativamente a outra, justifique igualmente um controle das cláusulas injustas ditadas pelo predisponente⁶².

Essa perspectiva distancia-se de uma parte da doutrina que pensa a problemática do contrato padronizado e de adesão apenas nas relações de consumo⁶³. Como corretamente 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, de situação mais favorável, para a imposição de sua vontade, estabelecendo o conteúdo do contrato⁶⁴. A essa realidade é preciso contrapor algo novo, mais adequado para superar definitivamente a concepção clássica, levando a cabo sua crise terminal.

É sabido que “todos os homens se encontram mais ou menos na sociedade em Estado de necessidade de contratar, porque não podem viver sem contratar”⁶⁵. Será necessário que o contratante esteja

⁶⁰ RIPERT, 2002, p. 115.

⁶¹ Cf. MONTEIRO, 1985, p. 344.

⁶² MONTEIRO, 1985, p. 344, nota 779. Conclui o autor: “Haja em vista o controle estabelecido pelo § 9 da AGB – Gesetz, assente nos princípios da boa-fé, aplicável mesmo no caso de contratos celebrados por comerciantes, de acordo com o § 24, 2, da mesma lei” (*Ibidem*).

⁶³ Nem por isso desconhecem-se os riscos a que alertam os *consumeristas*, relativos à supervalorização do CDC ou mesmo à possibilidade de diminuição da tutela prevista aos consumidores. Parte-se do pressuposto de que quanto mais se generalizar o hábito de coibir abusos, tanto mais poderão ser incorporados valores positivos às práticas contratuais, e por isso mesmo não diminuirá a proteção de algum grupo, ou da coletividade.

⁶⁴ Cf. GOMES, 1991, p. 131.

⁶⁵ RIPERT, 2002, p. 99.

numa situação de “constrangimento” relacionado a uma necessidade do consumo (como de alimentação, transporte, energia elétrica, etc.) para que seja merecedor de proteção contra imposições rigorosas e, até, draconianas dos mais fortes?

A resposta a essa questão, para quem está preocupado com a coerência da aplicação dos princípios constitucionais planejados para a atuação do Estado — seja em relação à *democracia econômica*, à *distribuição eqüitativa das liberdades subjetivas de ação*, ou à *integridade do princípio da livre iniciativa*, e principalmente, em relação à *justiça substancial* (cf. at. 1º, IV, art. 3º, I, art. 5º *caput* e art. 170, entre outros, da Constituição Federal) — certamente é de que não há necessidade de o aderente estar “constrangido” por uma necessidade básica do consumo para que seja merecedor de proteção contra imposições rigorosas e, até, draconianas dos mais fortes.

Nesse aspecto, além dos princípios fundamentais dos contratos, que permitem uma realização do controle judicial das cláusulas abusivas, cabe também investigar a eficácia das normas constitucionais, levando a sério a necessidade de congruência entre os princípios constitucionais e a aplicação do Código Civil⁶⁶. Embora levar a sério os princípios constitucionais não signifique deixar de lado o Código Civil, pela simples observação de que a noção de unidade e hierarquia das fontes normativas impõe que “Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado”⁶⁷. É forçoso reconhecer que, no plano infraconstitucional, esse Código ocupa uma posição de destaque, uma vez que a mesma concepção de sistema jurídico impõe reconhecer que o Direito Civil preserva a posição de Direito Geral⁶⁸. Todavia, os princípios constitucionais podem auxiliar a construção de um juízo adequado ao conjunto do sistema jurídico. Ademais, esses princípios, para serem efetivamente implementados, certamente requerem que haja a possibilidade de um exame interno sobre o conteúdo dos contratos, para eliminar eventuais imposições dos mais fortes, como se verá no capítulo V.

⁶⁶ A observância dos princípios constitucionais na aplicação do Código Civil pode se constituir numa via de renovação do Direito, em contraposição a antigos postulados. Entre tantos outros, cf. NOVAIS, Alinne Arlette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.17-54. p. 34; cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993. p. 24; cf. TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico na Constituição Federal de 1988. In: LUTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 47 et seq.; cf. CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15 e 27. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03-29.

⁶⁷ Cf. MORAES, 1993, p. 24; cf. também NOVAIS in: TEPEDINO, 2001, p.17-54, p. 34.

⁶⁸ Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v. em v. 1. p. 257 et seq. e 312 et seq.

Além disso, se um olhar atento verifica que, na realidade das negociações, há apenas aparência da liberdade e da igualdade das partes, o que dizer se um direito pressupõe a universalidade do igual direito? Situação que é agravada pela busca de caminhos sempre novos, com renovadas tentativas de cláusulas sempre novas, inteligentemente elaboradas com o fim de conduzir à violação da parte economicamente mais fraca. Aqui está o ponto em que, por causa da liberdade contratual, 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?

Tudo isso indica que, independentemente de ser ou não uma relação de consumo, 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., que criam uma situação de *grave desequilíbrio* contratual.

Em suma, vislumbra-se um novo papel de *fiscalização do conteúdo do contrato*, que pode ser atribuído, em parte, ao Judiciário, através da revisão contratual por desequilíbrios que surgirem durante a relação contratual e invalidação parcial do contrato por nulidade de cláusulas abusivas estipuladas desde a origem do contrato, em especial no âmbito da contratação padronizada e de adesão em relações civis e empresariais. Essa é uma exigência imposta pela realidade atual das relações socioeconômicas, as quais são matrizes de mudanças na teoria do Direito dos Contratos.

Adiante, será estudada melhor essa realidade. Antes de tudo, cabe dar ênfase ao estágio teórico e destacar que ainda está distante um consenso sobre a admissibilidade de controle interno do conteúdo dos contratos civis e empresariais, pois a teoria contemporânea dos contratos ainda tem um pé no lamaçal do pensamento jurídico do individualismo clássico, e uma ou outra vez dá a mão, pedindo apoio ao novo pensamento jurídico social para sair do atoleiro em que se encontra.

1.3.3 A renovação fragmentada da teoria contratual e o exame do conteúdo dos contratos

No estudo da renovação da teoria contratual cumpre esquadriñar quais os bloqueios ao exame interno do conteúdo contratual para eventual nulificação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Entre os principais obstáculos, trata-se, de modo especial, das conseqüências da concepção clássica, mas também se encontram razões legislativas, que no fundo estão ligadas à própria base de sustentação do Direito.

a) O processo fragmentário de ruptura com a concepção clássica

As mudanças econômicas ocorridas durante o século XX introduziram novas dimensões e exigências que passaram a desafiar os princípios contratuais dominantes na teoria clássica. Dentre as principais conseqüências dessas mudanças cabe destacar “a crise da idéia do mercado pensado como um espaço para escolhas voluntárias e a perda da funcionalidade da concepção do contrato como basicamente um conjunto de promessas também voluntárias”⁶⁹.

Com a busca de superação do paradigma liberal, a concepção clássica do Direito dos Contratos foi confrontada com o paradigma do Estado Social de direito⁷⁰. Como resultado desse processo evolutivo haverá um longo processo de crise da concepção clássica, apenas muito recentemente surgindo a concepção moderna do Direito dos Contratos, ainda em fase de construção.

Compreende-se a lentidão dessa mudança, pois como diz Habermas: “A transformação sócio-estatal do Estado liberal de direito precisa ser entendida a partir dessa situação inicial. Ela se caracteriza pela continuidade, e não por algo como uma ruptura com as tradições liberais”⁷¹. Convém lembrar que desde o último quartel do século XIX iniciou-se a inversão da tendência liberalizante em direção ao crescente intervencionismo estatal⁷².

Entre os juristas, no entanto, continuou por muito tempo a idéia tradicional que ancorava o contrato apenas no *princípio da autonomia da vontade*, atribuindo-lhe a força de lei entre as partes. Por isso, até o final do século XX, salvo raras exceções, ainda que se permitisse um exame formal do contrato (capacidade das partes, objeto lícito, possibilidade), por outro lado impedia-se uma análise sobre o seu conteúdo, ou sobre o equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, conforme explica Fernando Noronha⁷³.

⁶⁹ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 50.

⁷⁰ Segundo Luiz Edson Fachin: “No plano nacional, a rediscussão crítica do Direito Civil centrou-se na *mudança de paradigmas*” (FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 320).

⁷¹ HABERMAS, 1984, p. 261.

⁷² Para exemplificar, na história da Alemanha, segundo Wieacker, “as únicas prescrições dirigidas à proteção dos consumidores economicamente débeis encontram-se caracteristicamente, numa lei especial, a Lei de 1894 sobre pagamentos a prestações” (WIEACKER, 1980, p. 551).

⁷³ Cf. NORONHA, 1994, p. 69.

Em todo o mundo ocidental, porém, várias vezes se erguiam contra a doutrina da autonomia da vontade, que era ao mesmo tempo “o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato”. Observou-se que o contrato servia “para a exploração do homem pelo homem” e consagrava o “enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro”⁷⁴.

No caso brasileiro, em que pesem as mudanças na estrutura jurídica em relação a direitos especiais e, no âmbito das normas constitucionais, no que diz respeito ao Direito Contratual e sua teoria geral, a mentalidade continuou arraigada ao liberalismo clássico⁷⁵. Na verdade, foi com o agravamento das necessidades sociais e com a luta histórica por direitos legítimos de agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade, que os juristas começaram a se dar conta dos problemas implicados com a ampla liberdade contratual e seus efeitos sobre determinados grupos sociais (trabalhadores, inquilinos, consumidores).

Habermas tem razão ao destacar que “processos de concentração e processos de crise arrancam o véu que encobre a ‘troca por equivalentes’ e desvelam a estrutura antagônica da sociedade. Quanto mais ela se mostra como um relacionamento simplesmente coercitivo, tanto mais urgente se torna a necessidade de um Estado forte”⁷⁶. Assim, surgiu a necessidade de elaboração de leis destinadas à proteção de determinados grupos que se viram privados de *chances iguais* no mercado. Em âmbitos específicos como o Direito do Trabalho e o

⁷⁴ Foi nesse sentido que Georges Ripert colocou os seguintes questionamentos: “A vontade soberana fazendo lei! Mas quem confere ao homem essa autoridade que é o apanágio da soberania? [...] Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto e pelo seu fim, estão as duas partes em pé de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e a das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?” (RIPERT, 2002, p. 54).

⁷⁵ Como assinala Luiz Edson Fachin: “Há um vazio na doutrina civilística brasileira, que vai do desconhecimento à rejeição de novas idéias, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna a tentativa um tema perdido no ar. Isso tem uma razão de ser”. Mas, remata o autor: “Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que a consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona” (FACHIN, 1998, p. 318-319). 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*”. Para confirmar cita, como exemplos, duas decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná – 3743600 – Apelação Cível – Acórdão 16878 – 2ª Cc – Relator Des. Sidney Mora – julg: 01.12.1999. Admitindo a multa contratual no índice convenionado pelas partes em obediência ao princípio “*pacta sunt servanda*”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná – 82447500 – Apelação Cível – Acórdão 16385 – 3ª Cc. – Relator Juiz Ronald Shulman – julg: 23.11.1999. Em contrato bancário é permitido aplicação da TR, “vez que expressamente convencionada 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).

Direito do Consumidor⁷⁷ infiltrou-se a nova mentalidade, por isso ali não custou admitir revisões judiciais e exame interno, inclusive, quanto ao conteúdo do contrato, condições, cláusulas.

Mas, como já se assinalou, convém compreender que, com o desenvolvimento do capitalismo, após a Revolução Industrial e as transformações encadeadas pela concentração de capital e a urbanização crescente, revelou-se o fenômeno da *massificação* em todos os contextos. Na estandardização da vida, a massificação atingiu a esfera da contratação em geral: surgem os contratos padronizados e de adesão e, junto com eles, aquele caráter “*coercitivo*”, isto é, um campo propício para imposições ilegítimas pelos mais fortes. Então, o que não pode acontecer é parar no tempo e pensar no tratamento jurídico especial aos mais fracos apenas naqueles âmbitos restritos onde a legislação já conseguiu impregnar-se de mecanismos limitadores dos abusos. Parar nesse ponto é não enxergar a realidade em seu conjunto!

É no círculo ampliado de revelação de relações de poder e imposição que precisa chegar à consciência o fato de que a liberdade sem freios está esmagando a própria liberdade⁷⁸, além de outros valores humanos, como a igualdade e a justiça substancial. Não se trata de coibir a técnica em si de contratação padronizada e de adesão, pois afinal, “o contrato de adesão”, trata-se de “uma prática irreversível e ineliminável”, como diz António Pinto Monteiro⁷⁹. No entanto, cumpre perceber que a partir do contrato padronizado e de adesão se revelam situações de poder que não atingem apenas uma ou outra classe, mas atingem, *sempre* a parte mais fraca.

Dessas considerações deflui que as soluções devem ser pensadas para o conjunto, isto é, a intervenção do Estado precisa corrigir a deficiência estrutural do mercado, dando proteção aos contratantes e restabelecendo o equilíbrio contratual, incluindo nessa ação todas as relações contratuais civis e empresariais que se manifestarem desequilibradas em razão da *situação de inferioridade* de uma das partes.

⁷⁶ HABERMAS, 1984, p. 172-173.

⁷⁷ Como assinala Ronaldo Porto Macedo Júnior, uma das conseqüências e, ao mesmo tempo, uma exigência da crise do paradigma contratual tradicional foi justamente o desenvolvimento dos chamados “direitos especiais”, que foram sendo excluídos do âmbito do direito contratual tradicional e de sua teoria geral. Mas, essa “pulverização do saber contratual em diversos ramos específicos lança um novo desafio e aponta novas dificuldades no sentido da construção de uma teoria contratual” (cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 50).

⁷⁸ Habermas compreende as regulamentações do Estado Social como necessárias para a efetivação do mesmo *princípio liberal da distribuição equitativa de liberdades subjetivas de ação*: “No paradigma jurídico liberal, a expectativa de justiça associada à liberdade contratual generalizada também havia sido dependente, ao menos de maneira implícita, do cumprimento dessas mesmas condições. Eis por que se podem entender as correções socioestatais como uma efetivação do *mesmo princípio* de distribuição equitativa de liberdades de ação subjetivas, princípio que também estivera subjacente à compreensão liberal do direito” (HABERMAS, 2002, p. 377).

b) A compreensão neoclássica não resolve o problema de equilíbrio contratual

Ainda conservando os postulados básicos da concepção clássica, ao longo do século XX, em muitos casos, procurou-se o respeito pelo ideal moral do tráfico jurídico, a investigação da causa ilícita e imoral, a apreciação dos bons costumes, a análise dos vícios do consentimento⁸⁰. Em outras hipóteses apelou-se à noção de *supremacia da ordem pública*. Tudo isso produziu avanços em direção ao *dirigismo contratual*⁸¹.

Na mesma direção, houve o desenvolvimento e ressurgimento de alguns institutos como o da lesão, o da *teoria da imprevisão* e a *teoria da base negocial* para defender a revisão contratual por *onerosidade excessiva* ou *correção monetária*⁸². Todos são instrumentos que denunciam um processo de crise da concepção liberal e a necessidade de superação desta, rumo à *justiça substancial* das relações contratuais.

Em tal estágio neoclássico, portanto, se aceita a revisão judicial por questões relativas a *atos posteriores e imprevisíveis*⁸³, no entanto a doutrina ainda aposta na plena consciência das partes contratantes em relação a todos os *efeitos presentes*, e também subestima as conseqüências das *desigualdades* como possibilidade de imposição, mesmo a quem tenha certa consciência dos efeitos. Na verdade, esquece-se de qualquer consideração à *vulnerabilidade* dos mais fracos no momento de conformar as relações contratuais.

Há impulsos transformadores, inclusive das noções do princípio da boa-fé e da função social do contrato. Porém, quando se trata de avaliar o *princípio da obrigatoriedade* do contrato se diz: “Uma vez

⁷⁹ Cf. MONTEIRO, 1985, p. 342.

⁸⁰ Cf. RIPERT, 2002, p. 59 et seq.

⁸¹ Autores contemporâneos ainda seguem nessa perspectiva cf. RIZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 12 et seq. O autor reconhece como limites à liberdade contratual: a equivalência das prestações, a supremacia da ordem pública, o dirigismo contratual, a boa-fé, mas dá especial realce ao princípio da obrigatoriedade vinculatória do contrato e à velha idéia do “*pacta sunt servanda*”.

⁸² Na atualidade, reconhece-se a cláusula *rebus sic stantibus*, e modernamente se fala na *teoria da imprevisão* e na *teoria da base negocial*. Em que pese a doutrina brasileira ainda oscilar, com base em argumento como a força obrigatória dos contratos ou a previsibilidade das circunstâncias, em geral admite-se a possibilidade de revisão contratual por superveniente *onerosidade excessiva*. Diante da transformação das circunstâncias, como as alterações econômicas vultosas que acarretam enormes injustiças, nos casos de imprevisibilidade das circunstâncias supervenientes (ou circunstâncias posteriores de mudança de fato), delinear-se admissíveis a quebra da absoluta rigidez contratual e a resolução ou modificação judicial do conteúdo do contrato (cf. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 01-20).

⁸³ A noção jurídica de revisão dos termos contratuais por mudança de circunstâncias imprevisíveis não é nada nova. Vale lembrar que já no Código de Hammurabi, o mais antigo documento jurídico, há aproximadamente 2.300 anos antes de nossa era, já havia regra regendo a possibilidade de alteração do que fora contratado, por causas supervenientes, a partir da lei 48: “se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”. Os romanos comungavam desse entendimento como demonstram as lições de Cícero e Sêneca (cf. MACEDO, Elaine Harzheim. *Contrato de*

pactuado livre e validamente, o contrato produz entre as partes uma ordenação de regras de condutas dotadas da mesma coercibilidade das regras emanadas do Estado legislador... Ontologicamente, a necessidade de segurança das relações jurídicas fundamenta o princípio. Mas é, outrossim, reflexo indissociável da liberdade de contratar”⁸⁴.

Ademais, quando a legislação não tratou da matéria explicitamente, não são a outros princípios que se apela, mas sim ao princípio da (velha) autonomia privada. E se diz: “O direito dos contratos, como instrumento de política econômica, optou por manter soberana nessa área a autonomia da vontade, por julgar mais benéfica aos interesses sociais, à livre concorrência e à mobilidade do fabricante ou fornecedor”⁸⁵.

Nessa linha, aconselha-se apenas as revisões judiciais, que são reservadas para “hipóteses de extrema excepcionalidade, remédio para evento posterior ao ajuste de vontades completamente imprevisível e excessivamente oneroso, que equivale a suprimir a existência de uma declaração inicial livre e válida”⁸⁶. Nos casos de desequilíbrios das forças econômicas das partes contratantes, que resulte em poder unilateral e abusivo da autonomia privada, admitem-se mais facilmente as intervenções externas do poder público, através de prescrições normativas *formais*, relativas à liberdade das *partes fortes*⁸⁷.

A se pensar assim, não é preciso alongar-se para esclarecer quão raras são as chances de aceitação da tese que defende a análise judicial para nulificar cláusulas abusivas, na extensão em que a requer a realidade da contratação padronizada e de adesão que se realiza também no âmbito do Direito Civil e Empresarial. Na doutrina contratual neoliberal muitas intervenções legítimas são vistas como injustificáveis transgressões da ordem de mercado. Conforme lembra Ronaldo Porto Macedo:

raramente o pensamento jurídico e econômico neoclássico recomenda que haja interferência nas relações entre empresários, uma vez que, desde que não haja monopólios, os diferenciais de poder e conhecimento devem ser reconhecidos como adquiridos por elementos que perpetuam a saúde do mercado, como a maior diligência, a ousadia e risco ou mesmo capacidade empresarial⁸⁸.

Como ensina Fernando Noronha⁸⁹, pouquíssimos juristas conseguiram se desprender da concepção tradicional para admitir outros princípios, como o da justiça (ou do equilíbrio) contratual e, junto dele, a

adesão: controle judicial dos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 99-117, jul./set. 1995. p. 99).

⁸⁴ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28-29.

⁸⁵ MELLO, A., 2001, p. 93.

⁸⁶ MELLO, A., 2001, p. 30.

⁸⁷ MELLO, A., 2001, p. 39.

⁸⁸ MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 63.

⁸⁹ Cf. NORONHA, 1994, p. 41 et seq.

possibilidade de uma análise interna com vistas ao equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, em todo o âmbito do Direito Privado.

O fato é que, em que pese a concepção clássica apresentar sinais evidentes de crise, e apesar de ocorridas mudanças radicais em alguns campos específicos, no âmbito dos contratos civis e empresariais conserva-se, predominantemente, a concepção tradicional dos contratos numa perspectiva neoclássica. Essa forma tradicional de pensar impede a abertura para a prática da análise judicial dos contratos, na dimensão em que a requer a materialização do equilíbrio nos contratos comutativos.

c) Duas outras razões fundamentais porque se mantém a teoria tradicional

As razões dos atrasos para assumir uma nova postura no âmbito do Direito dos Contratos podem ser encontradas, em parte, nos problemas legislativos, que por sua vez revelam questões mais profundas e complexas, ligadas à própria base de sustentação do Direito.

Quanto ao antigo Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, nem há necessidade de palmilhar suas ligações diretas com a concepção clássica. Mas, o que é pior, segundo Gustavo Tepedino, é que até mesmo o Novo Código Civil de 2002 não conseguiu repercutir a introdução, no Direito brasileiro, de uma nova postura, orientada pelos princípios constitucionais — como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial — que integram o conteúdo do Estado Social de Direito delineado pelo constituinte. Não o fez precisamente por ser um Código concebido nos anos 70, evidentemente envelhecido com o passar dos anos, e reproduzindo a mesma técnica legislativa “das codificações do século XVIII e XIX”, procurando ser “neutro e abstrato”, sem definição normativa (narrativa) do conteúdo axiológico das cláusulas gerais para enquadramento imediato⁹⁰.

⁹⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-16. Em sentido semelhante, Luiz E. Fachin também, já antes da aprovação do novo Código, fazia críticas em relação aos valores nele incorporados. Salvo avanços pontuais, sua formulação está mais apta a captar os valores do século XIX e menos adequada a dimensionar os desafios do próximo milênio. Sobre a matéria *principiológica* da tutela da confiança, “nada há de explícito e os implícitos avanços são tímidos”; o assunto “deixa de receber uma disciplina explícita que poderia, ao menos aparentemente, lhe conferir novo patamar de consideração jurídica”, em que pese que o autor reconhece que há algumas idéias que norteiam a tutela prioritária da confiança como valor jurídico relevante. (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, 1998. p. 128-129). Fabiana Rodrigues Barletta observa que o novo Código de 2002 está arraigado na ideologia subjetivista e no dogma da vontade, acolhido pelo art. 112 (repetindo o art. 85 do CC. de 1917: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem”). Outro exemplo do paradigma voluntarista nesse Código é fornecido pelos art. 478 e 479,

Ainda com relação à legislação sobre contratos no Direito Civil, Waldírio Bulgarelli, escrevendo antes da aprovação do novo Código, criticava a ausência de qualquer referência à função social do empresário ou da empresa no Projeto⁹¹. Especificamente em relação às cláusulas abusivas, as falhas serão estudadas ao longo dos capítulos seguintes.

De outra parte, convém realçar que, apesar de não deixar o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual expresso como princípio geral dos contratos, o Código firmou de maneira disseminada e explicitamente (arts. 157, 317, 478, 424, 1008, entre outros). Além disso, incluiu a *função social do contrato* (art. 421 e parágrafo único do art. 2.035) e o princípio da *boa-fé* (art. 422, entre outros)⁹². Esse destaque aos princípios é importante, pois quanto ao problema da legislação, uma nova mentalidade, ancorada em uma hermenêutica profunda, capaz de desenvolver os princípios gerais do Direito dos Contratos, poderá superá-lo facilmente, como se verá adiante, no capítulo IV.

As dificuldades para a fixação no direito positivo e implementação de direitos que beneficiem as partes mais fracas na prática da decisão judicial refletem o próprio dilema da base de sustentação do Direito. Há muito tempo a ciência do Direito e os seus teóricos e operadores são alertados para o fato de que os interesses econômicos das forças estruturais da sociedade se incorporam ao Direito, se não que constituem a própria base de sustentação do Direito. Max Weber assinala com propriedade:

Naturalmente, a garantia jurídica está, em sentido mais amplo, diretamente a serviço de interesses econômicos. E quando não é esse o caso, nem aparentemente nem na realidade, os interesses econômicos pertencem aos fatores de influência mais poderosos na formação do direito, uma vez que todo poder garantidor de uma ordem jurídica se apóia, em sua existência, de alguma forma sobre a ação consensual dos grupos sociais atingidos e a formação de grupos sociais está também condicionada, em alto grau, por constelações de interesses materiais⁹³.

absolutamente subjetivistas, não tratando da onerosidade excessiva considerada como fator objetivamente desencadeador da resolução contratual (cf. BARLETTA, 2002, p. 54-56).

⁹¹ Leciona Waldírio Bulgarelli: “Está-se, pois, perante um regime jurídico estritamente de Direito privado, neutro tecnicamente sem abertura para a socialidade”. Nesse sentido, cita a explicação de Sylvio Marcondes: “(...) Não se trouxe para dentro do Projeto nenhum experimento, mas sim a experiência do passado, sem nenhuma tentativa de inovações estranhas” (“Questões de direito mercantil”. p.25). Manteve a linha tradicionalista, sobre isso há três exemplos significativos. Entre eles cita: “2º) Outro exemplo refere-se ao contrato de adesão que não mereceu um tratamento mais incisivo – demonstrando que não se captou a experiência social concreta – haja vista o que vem ocorrendo com os cartões de crédito, por exemplo, e em quase todos os outros, com a malfadada procuração que é embutida muito de indústria pelo ditador do contrato” (BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 203-210).

⁹² Ao perceber esse conteúdo principiológico no Projeto do novo Código Civil, Bulgarelli concebe que houve um certo avanço cf. BULGARELLI, Waldírio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 47.

⁹³ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 225.

Assim, os obstáculos que advêm da legislação têm a sua razão de ser, uma vez que o sistema normativo precisa incluir nas normas a possibilidade da apropriação privilegiada e a distribuição assimétrica da riqueza⁹⁴. Desse modo, certamente, nem sempre prioriza a proteção dos mais fracos na sociedade.

Daí que a maior dificuldade de uma ruptura com a tradição liberal reflita o próprio caráter ambíguo da intervenção do Estado. Na verdade, as intervenções tratam de impedir a autodestruição do capitalismo devido à distribuição cada vez mais desigual da riqueza, mas sempre dentro de objetivos de manutenção do equilíbrio do sistema capitalista, quando esse não possa mais ser assegurado através do mercado-livre.

Mesmo com a proclamação dos “direitos subjetivos para todos”, não há uma realização coerente desse projeto, porque as intervenções do Estado continuam coordenadas por interesses privados, ou pelo menos, em geral mesmo contra os interesses dos dominantes, visam a manutenção do sistema: “as grandes massas, agora admitidas à cogestão, conseguem traduzir os antagonismos econômicos em conflitos políticos”, mas “as intervenções vão em parte ao encontro dos interesses dos economicamente mais fracos, em parte também servem para repeli-los”⁹⁵. Uma justiça substancial efetiva certamente minaria as próprias bases de um sistema que sobrevive da exploração; por outro lado, um vácuo enorme entre as posições, se não for controlado, poderá ser usado para promover a ruptura da ordem vigente.

As intervenções estatais têm de ocorrer, precisamente por causa da crescente desigualdade das posições econômicas de poder, fortuna e proventos, que vão tornando cada vez mais evidente o caráter fictício de uma “livre declaração da vontade” advinda de situações sociais profundamente desiguais e em correlação com a liberdade de fechamento de contratos. Entretanto é bom lembrar que, muitas vezes, as intervenções visaram apenas atender a interesses das empresas⁹⁶. Enfim, essa ambigüidade de sentido do intervencionismo, que no

⁹⁴ Nas palavras de Habermas: “Porque a reprodução de sociedade de classe se baseia na apropriação privilegiada de riqueza produzida socialmente, então todas sociedades precisam resolver o problema da distribuição do excedente do produto social desigualmente e, ainda assim, legitimamente. Então agem por intermédio de força estrutural, isso é, ao fixar um sistema de normas observadas, incluindo aí a distribuição assimétrica das possibilidades legítimas de satisfazer necessidades” (HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 122). No mesmo sentido observa Max Weber: “A ‘vigência’ empírica de uma ordem como ‘norma jurídica’ afeta os interesses dos indivíduos em vários sentidos. Especialmente podem resultar dela, para esses indivíduos, *oportunidades calculáveis* de manter à sua disposição bens econômicos ou de adquirir no futuro, sob determinadas condições, a disposição sobre eles. Dar origem a semelhantes oportunidades ou garanti-las é, naturalmente, em caso de direito estatuído, a finalidade que aqueles que pactuam ou impõem uma norma jurídica vinculam em regra a essa norma” (WEBER, 1994, p. 212).

⁹⁵ HABERMAS, 1984, p. 174. Nesse sentido se compreende a lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “O Direito é um reflexo do pensamento dominante em cada época e em cada lugar. É ele o resultado daquilo que a classe dominante apresenta como o melhor, o mais adequado, o mais justo” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 03-04).

⁹⁶ Boaventura de Sousa Santos assinala que, no capitalismo regulado, se de um lado a desigualdade dos agentes econômicos conduziu à necessidade de intervenção do Estado, sobretudo para regular os mercados, “por outro lado, e aparentemente em contradição com isso, o crescimento das empresas, o controle que eram capazes de

fundo é fruto dos imperativos funcionais de uma sociedade economicamente diferenciada⁹⁷, explica porque as correções sócio-estatais foram fracamente empreendidas até agora, e apenas em alguns ramos do Direito.

Entretanto, é preciso completar o projeto intervencionista do Estado na via da proteção aos mais fracos. A “igualdade democrática” requer que o *princípio de reparação das situações* dos desfavorecidos seja válido para todos⁹⁸. Hoje existe uma incoerência dentro do próprio Direito dos Contratos, o que se revela no tratamento diferenciado às cláusulas abusivas nos âmbitos do Direito Civil e do Direito do Consumidor, na medida em que nas relações civis e empresariais o problema é apenas parcialmente reconhecido.

1.4 A concepção moderna do direito dos contratos

A emancipação daquela compreensão restrita ao exame externo do contrato só é adquirida a partir de uma concepção moderna do Direito dos Contratos. Na medida em que se faz uma releitura do sentido clássico atribuído ao princípio da autonomia privada, já se observa um posicionamento admitindo a suscetibilidade de crítica das cláusulas contratuais. É uma ampliação da compreensão que se desenvolve a partir da censura ao subprincípio da obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato, ao entender que qualquer negócio jurídico obrigacional não é vinculativo apenas por ser produto da vontade das pessoas.

Essa concepção, ao tomar como base teórica a função social do contrato e tomar como princípios, além do da autonomia privada, outros como o da boa-fé e o da justiça contratual, consegue justificar a intervenção do ordenamento jurídico em vista do interesse geral, considerando as conseqüências econômicas e sociais produzidas pelo contrato, e em busca do equilíbrio efetivo entre direitos e obrigações.

exercer sobre os processos econômicos e o poder político que assim foram acumulando resultaram na crescente disponibilidade do Estado capitalista para proteger os interesses empresariais” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 146-147).

⁹⁷ A negligência de dar tratamento coibindo todo tipo de abusos através da lei está revelando a tensão existente entre as forças contrapostas, porque “nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõem-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual”. Assim, “o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo”. E completa: “É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão *profana* dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção *idealista* de legitimá-los” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 62-63).

⁹⁸ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 311-312.

Especialmente com base no princípio da justiça (do equilíbrio, ou da equivalência) contratual, é possível pensar na admissibilidade de revisões judiciais para avaliar o conteúdo do contrato “do ponto de vista objetivo”⁹⁹. Tal reconstrução da estrutura jurídica coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade contratual intransparente: as cláusulas abusivas.

1.4.1 A reestruturação da autonomia privada: nova justificação à força obrigatória do contrato

Na concepção liberal, a tese voluntarista define o contrato acentuando como aspecto fundamental a vontade, que não pode ser modificada porque é autônoma. Uma vez aperfeiçoado o contrato, por ser fruto da vontade livre, as partes não podem mais se rebelar contra ela, exceto se algum vício macule a vontade¹⁰⁰. Em consequência, vale a máxima *pacta sunt servanda* e a vinculação do juiz às determinações contratuais. Nessa concepção, o contrato é visto como causa de obrigações, um fenómeno de auto-regulação, um ato jurídico bilateral de efeito relativo, etc. No entanto, o pressuposto na concepção moderna do Direito dos Contratos é o contrário: a autonomia privada diz muito pouco sobre o contrato nos tempos modernos.

Na atualidade prepondera a convicção de que a vontade, desde seu surgimento ou formação até a concretização, está infiltrada de regulamentações que lhe dão um sentido. O próprio contrato é uma abstração jurídica. As obrigações podem ter origem na “vontade comum”, mas, na maioria das vezes, advêm das cláusulas predispostas unilateralmente, ou da lei. Nem sempre quem emite voluntariamente a oferta e a aceitação são os sujeitos responsáveis pelo contrato; por exemplo, as implicações da representação, da “aparência”, da

⁹⁹ Cf. NORONHA, 1994, p. 221. Nem tudo está perdido, como assinala Ronaldo Porto Macedo, “a produção teórica nacional tem refletido a inquietação com o paradigma clássico e neoclássico, tendo surgido obras salientando o papel dos novos princípios do direito contratual”. Por outro lado, “também a jurisprudência tem ampliado consideravelmente o espaço e a importância dos conceitos supramencionados e se posicionado criticamente em relação ao paradigma contratual clássico e neoclássico”. Um bom exemplo se dá com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (cf. MACEDO JUNIOR, 1998, p. 135).

¹⁰⁰ Cf. SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 24. Segundo Lorenzetti, na concepção clássica, dois fundamentos assinalavam o *status* jurídico da autonomia da vontade e de um Direito contratual que tinha função apenas “facilitadora”, suplementar ao que as partes não previram: “a) a soberania da vontade é um princípio de Direito natural, anterior inclusive à organização do Estado. Essa pré-estabilização não impede um controle mínimo, mas reconhece-se que tudo está deixado à auto-responsabilidade; b) não há uma soberania pré-estatal, mas uma declaração do Estado à autonomia privada e, em consequência, pode ser controlada em seus excessos. O controle é apenas formal”. Nesse sentido, o contrato em si tem a função de ordenação social. As partes sabem o que lhes convém, e deve-se deixá-las agir livremente, pois dessa atuação desordenada e caótica se desenvolverá a ordem social mais eficiente. Assim, a lei deve cumprir uma função formal, apenas colocando regras que garantam o justo jogo, pouco importa a justiça substantiva, pois é impossível de realizar (cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 544).

responsabilidade por produtos, etc. Frequentemente, ainda que as partes decidam a entrada e saída do contrato, poderão sofrer restrições sobre responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, decorrentes da boa-fé.

Também, como assinala Ricardo Luis Lorenzetti, fala-se em efeito relativo, mas indiretamente o contrato beneficia e prejudica um grande número de pessoas. Na verdade, influencia materialmente terceiros. Fala-se no “livre” consentimento, mas se os contratos são padronizados e de adesão, a situação de “pegar ou largar” em que se encontram os aderentes conduz a um consentimento que traz subjacente um caráter quase “coercitivo”, ainda que perante a lei tenha o mesmo valor de um acordo plenamente consentido¹⁰¹.

Ademais, como averba o mesmo autor, no caso de um conflito dificilmente a solução do juiz poderá vir da leitura da obra das partes, nem assim poderia ser, uma vez que se trata das “declarações de vontade” do predisponente. Enfim, até mesmo para realizar um contrato é preciso atentar para a multiplicidade de normas e princípios de origens e hierarquias diversas que pré-constituem ou limitam o seu conteúdo. Tudo isso demonstra quão ultrapassada está a tese voluntarista. Mostra-se evidente uma conclusão: “o contrato é um fenômeno que não é unicamente a expressão da autonomia privada”¹⁰².

a) A função social do contrato e a boa-fé como fundamento da vinculatividade

A *função social dos contratos* engloba não só a submissão da liberdade contratual aos “valores maiores da sociedade, supracontratuais”, como também àqueles do âmbito “estritamente contratual (ou *intracontratual*)”. As partes estão adstritas a cooperarem, para que, na realização dos seus interesses, sejam respeitados os recíprocos interesses da outra (ou das outras) e ainda para que, transcendendo a esfera dos interesses das partes intervenientes, não sejam afetados valores maiores da sociedade, como explica Fernando Noronha¹⁰³.

A concepção moderna dos contratos evidencia o valor da *função social do contrato* para estabelecer que a liberdade não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades atentatórias de outros valores sociais de mesmo peso, como a justiça e a igualdade substancial¹⁰⁴. É necessário buscar um ponto de equilíbrio entre a *liberdade* e a *justiça*, pois mesmo os direitos subjetivos orientados pelo agir estratégico têm em vista atender também à realização de finalidades sociais, como deixa claro o art. 5º da Lei de Introdução ao

¹⁰¹ Cf. LORENZETTI, 1998, p. 534 et seq.

¹⁰² LORENZETTI, 1998, p. 538.

¹⁰³ Cf. NORONHA, 2002, p. 190-192.

¹⁰⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 81 et seq. A uma possível objeção liberal, de que os direitos subjetivos não podem ser suplantados por qualquer fim social, a lição de Habermas fornece elementos para rechaçá-la: “Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos

Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum”. E o Código Civil completa, no artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nessa linha, ensina Fernando Noronha: “Todo direito só pode ser legitimamente exercido em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social”. Significa que o exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico, caracterizando *abuso de direito*. Assim, a sanção para o desrespeito pela função social há de ser procurada no âmbito do instituto do abuso de direito. Conforme declara o Código Civil no art. 187: “também comete ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Na verdade, a lei vem confirmar a preocupação com a *justiça social* do texto constitucional, que se apresenta tanto no capítulo 2º do Título II, visando proteger os “mais fracos” (trabalhadores, consumidores, etc.), como no art. 170, exigindo que a autonomia privada (“livre iniciativa”) atenda aos “ditames da justiça social”. Por isso, a apreciação da função social do contrato justifica a intervenção nos contratos comutativos sempre que haja grave desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes¹⁰⁵.

Nesse sentido, é possível afirmar que o novo posicionamento do Estado encontra a sua justificação na necessidade de amparo ao economicamente mais fraco e no restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas¹⁰⁶. Como diz Luiz Edson Fachin: “A possibilidade de tutelar um dos pólos da relação jurídica obrigacional sugere que a igualdade seja apta a informar duas categorias fundamentais: sujeito e norma”¹⁰⁷. Assim, após o reconhecimento da “desigualdade real” e da crise da noção clássica de autonomia privada, o exercício da liberdade contratual pode ser lido em um novo corte transversal, pela função social e pelo princípio da igualdade¹⁰⁸. Uma das repercussões da noção de igualdade material nas relações contratuais é a procura de “equilíbrio entre interesse individual e interesse exterior ao liame jurídico”¹⁰⁹.

Essa nova postura exige adequação teórica. Um dos aspectos de mais importante mudança diz respeito ao fundamento da *vinculatividade do contrato*. Na concepção clássica o fundamento básico da

custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 253).

¹⁰⁵ Cf. NORONHA, 1994, p. 84-86; cf. também LORENZETTI, 1998, p. 544.

¹⁰⁶ BITTAR, 1980, p. 239-256. No mesmo sentido afirma Caio Mário da Silva Pereira: “Em suma, o intervencionismo tomando corpo, em nome do conceito altruísta de proteção ao economicamente fraco, e sob invocação da idéia de boa-fé e da regra moral, diminui à sua vez o conceito de autonomia da vontade, que perde terreno em favor do interesse coletivo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 187).

¹⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 292.

¹⁰⁸ Cf. FACHIN, 2000, p. 253 e 314.

¹⁰⁹ Cf. FACHIN, 2000, p. 292.

vinculatividade do contrato estava na autonomia da vontade: “a força vinculativa dos contratos traduziria apenas o respeito à *vontade criadora* dos interessados”¹¹⁰. Na concepção moderna, conforme explica Noronha, o contrato não obriga propriamente porque tenha sido “querido”, porque se deva dar relevância à vontade livre das partes, “mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir a *segurança* ao negócio celebrado”¹¹¹. Dito de outro modo, significa que “a razão fundamental da obrigatoriedade do contrato está na necessidade de tutelar a legítima confiança da contraparte na estabilidade e no adimplemento do contrato, ou seja, no princípio da boa-fé, e não no da autonomia privada”¹¹².

Lorenzetti também encontra esse fundamento na chamada concepção “obrigacionista”, afirmando que, “não há um fundamento na vontade, mas no intercâmbio, nas expectativas criadas, e na confiança depositada. Isso implica examinar a causa, a correspondência entre as prestações”¹¹³. Nessa perspectiva, as obrigações resultantes dos contratos só valem juridicamente, são tuteladas pela lei, não apenas porque as partes assumiram, mas principalmente porque interessa à sociedade a tutela da situação criada, por causa das consequências econômicas e sociais que produz¹¹⁴.

b) O princípio do efeito relativo dos contratos e o princípio do consensualismo

O clássico princípio do efeito relativo postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos aos contratantes. Ao partir do substrato básico de que a autonomia da vontade é o fundamento da força obrigatória dos contratos, estes só podem produzir efeitos entre as partes, não prejudicando ou beneficiando os terceiros cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo¹¹⁵. Por isso, afirma-se que é próprio do contrato ser *res inter alios* em face de quem não consentiu para a sua formação. Na interpretação individualista da concepção clássica, o princípio é exacerbado ao ponto extremo de se tornar razão para que os

¹¹⁰ NORONHA, 2002, p. 194.

¹¹¹ NORONHA, 1994, p. 82.

¹¹² NORONHA, 1994, p. 16 e p. 86 et seq.

¹¹³ LORENZETTI, 1998, p. 544.

¹¹⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 88.

¹¹⁵ O princípio tem no Código Civil francês a sua mais célebre consagração legislativa: “Art. 1.165. *Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1.121*” (a exceção refere-se à ‘*stipulation au profit d’un tiers*’). Em tradução livre, esse artigo dispõe que as convenções só têm efeito entre as partes contratantes; elas não prejudicam terceiros, e só lhes trazem benefícios nos casos previstos pelo artigo 1.121.

terceiros possam ignorar inteiramente a existência do contrato. Dessas premissas decorre “uma concepção ainda predominantemente subjetivista do princípio da relatividade”, como ensina Teresa Negreiros¹¹⁶.

Entretanto, o princípio da função social pode alterar esse quadro, pois, ao revelar os contornos sociais do contrato, isto é, “aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes”¹¹⁷, acaba desafiando as categorias da dogmática clássica. O princípio da função social revela, por si só, que o contrato é “um fenômeno transcendente dos interesses dos contratantes individualmente considerados”¹¹⁸.

Outros princípios também ajudam a contestar a soberania da autonomia da vontade e destruir a base na qual se apóia o subprincípio do efeito relativo, para proceder a uma renovação dos conceitos clássicos. É preciso deixar de lado a ótica voluntarista e buscar fundamento na nova principiologia que, muito além da liberdade individual, destaca como fundamento da axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, a boa-fé e demais valores que são essenciais para a proteção da dignidade humana e da tutela do contratante vulnerável nas relações econômicas. Desse modo, o processo de “socialização do contrato” exige que se proceda a uma nova qualificação de partes e terceiros, a ser elaborada à luz dos novos princípios que se contrapõem à concepção clássica¹¹⁹.

A vinculação da liberdade contratual ao atendimento da função social do contrato exige o cumprimento de deveres que vão além das obrigações consentidas expressamente pelos contratantes. É possível gerar responsabilidade solidária, responsabilidade para além do âmbito intracontratual e muitos outros efeitos, sem que as partes tenham pactuado. Conforme ressalta Fernando Noronha:

Efetivamente, se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil desse (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros é exemplo típico disso)¹²⁰.

Nessa linha de raciocínio, Teresa Negreiros lembra que o conceito de parte e terceiro terá que incluir outros critérios que não os exclusivamente subjetivos, referentes ao consentimento. No conceito de partes deve-se incluir pessoas que não consentiram na formação do contrato, mas que estão sujeitas a serem afetadas

¹¹⁶ Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 216.

¹¹⁷ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 217.

¹¹⁸ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 223.

¹¹⁹ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 220 et seq.

por ele, isto é, o terceiro prejudicado pelo inadimplemento de obrigação da qual não seja credor poderá ter ação direta contra o devedor inadimplente¹²¹.

Assim, segundo Negreiros, quando se tem em vista o terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte, se o contrato visa enquadrar-se na nova leitura dos princípios, é mister questionar os óbices colocados pela concepção voluntarista para imputar algum tipo de responsabilidade àquele terceiro, quando este firma com o devedor comum uma obrigação incompatível com a obrigação contratual assumida anteriormente. A teoria clássica rejeita a possibilidade de um terceiro ser responsabilizado pelo inadimplemento de uma obrigação estabelecida em um contrato do qual não é parte¹²². É claro que, em raras exceções, quando havia o dolo, já o antigo Código previa algumas hipóteses de responsabilidade do terceiro como a do art. 1.235, prevista no art. 608 do Código Civil vigente, em que aquele que aliciar pessoas obrigadas a prestar serviços a outrem será responsabilizado.

Atualmente, parece ter se ampliado a possibilidade de consequências sobre terceiros. “À luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por esse”¹²³. Afinal, os contratos não são um mundo fixo e fechado às interações com o restante da realidade e do comércio jurídico¹²⁴.

Ao tomar como base a faceta das implicações sociais do exercício das liberdades subjetivas na realização de contratos, chegar-se-á à conclusão de que as relações contratuais precisam ser *mediadas* pelo Direito, pelo menos naquilo que atinge interesses coletivos. A razão principal para isso reside nas consequências

¹²⁰ NORONHA, 1994, p. 119.

¹²¹ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 229-240.

¹²² Teresa Negreiros ensina com propriedade: “Com efeito, de acordo com a concepção voluntarista, a eficácia do contrato está circunscrita à relação entre devedor e credor, não sendo por isso admissível que um terceiro seja responsabilizado por força de um outro contrato, o qual, a seu turno, também estaria ‘encerrado’, como que numa cápsula, no estreito âmbito das relações entre as partes daquele específico contrato” (NEGREIROS, 2002, p. 243).

¹²³ NEGREIROS, 2002, p. 249. A autora destaca que um caso concreto ocorrido recentemente e que ilustra essa discussão é aquele dos contratos de exclusividade que as distribuidoras de gasolina mantêm com os postos que exibem a sua “bandeira”. Nesse caso, faz sentido defender-se que haja responsabilização das distribuidoras que venham celebrando contratos com os postos vinculados a uma outra distribuidora em termos de exclusividade. Inclusive, a própria cláusula de exclusividade foi impugnada pelo Ministério Público Federal, por considerar uma violação aos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor, tendo conseguido a impugnação por um ano a contar de 08.03. 2000 (cf. NEGREIROS, 2002, p. 241-242).

¹²⁴ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. p. 119.

dessas ações, que escapam do controle dos seus autores ao entrarem no jogo das “inter-retro-ações”¹²⁵ do conjunto social e natural.

Hoje, não se pode sequer analisar o contrato estritamente à luz do conceito de ato jurídico bilateral, pelo menos por duas razões. De um lado, a relação interpartes não é indiferente aos demais, em um mundo inter-relacionado; “o que fazem dois, incide sobre os demais”. Por outro lado, um conflito intersubjetivo no mundo de relações massificadas revela inúmeras outras situações similares; a prova disso é o impacto socioeconômico das cláusulas abusivas nos contratos de crédito, seguro, venda de imóveis, enfim, até nas relações interempresariais. Se as implicações do contrato espraiam efeitos sociais, então cumpre observar que *o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares*¹²⁶. Por isso, os fatores legais devem concorrer com a autonomia privada para complementar e ajustar a normatização individual, no sentido da produção de efeitos benéficos para a coletividade. Caso contrário, será a autonomia privada de alguns, “os mais fortes”, que continuará impondo suas valorações e custos à sociedade.

Essa maneira de observar o contrato vai ao encontro da conclusão de Paulo Nalin: “*Contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sincronia*”. Assim, o autor define o contrato interprivado como sendo “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”¹²⁷.

Significa que o contrato privado é carregado, cada vez mais, da tensão dialética entre o individual e o social, isto é, na complexidade da rede das relações econômicas massificadas aparecem sempre mais fortes os fios de reflexos sociais dos contratos privados. E, como é sabido, na modernidade pós-convencional é atribuído ao Direito o fardo da integração social; então, é nesse âmbito que precisa ser realizada a definição do “igual tratamento” sobre as esferas de toque entre os “interesses não generalizáveis” e os “interesses generalizáveis”¹²⁸.

Como já se observou, as cláusulas abusivas, por causa de seus reflexos sociais, encontram-se nessa zona nebulosa que exige um ajuste das avenças entre particulares a objetivos socialmente prezáveis. Afinal, se o interesse da coletividade é atingido pelos acordos privados, o que toca à esfera do interesse coletivo não pode ser deixado para a definição na esfera privada. Trata-se de coibir legalmente todas as imposições dos “mais fortes”,

¹²⁵ Para utilizar os termos de MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 148.

¹²⁶ Cf. LORENZETTI, 1998, p. 540.

¹²⁷ NALIN, 2001, p. 255.

¹²⁸ Cf. HABERMAS, 1999, p. 141 et seq.

cuja justificativa se encontra nas implicações sociais do contrato, pois o abuso na contratação tem efeitos contrários aos interesses da coletividade.

Na concepção clássica o contrato era compreendido como um fenômeno economicamente neutro. A concepção moderna observa-o como operação econômica sob regulamentação, que tem efeitos distributivos. Através de normas é possível transladar os riscos de uma parte à outra, visualizar uma direção da economia, proteger determinados setores, enfim impor efeitos econômicos e sociais. Por isso, há certa recuperação do formalismo, através da lei, para assegurar determinados fins a atingir.

A nova teoria dos contratos compreende que, ao exacerbar o princípio do consensualismo (*solus consensus obligat*), se privilegia o ato de venda, como diz Lorenzetti: “o ato de comércio recebe um subsídio generalizado, com normas flexíveis”. Entende-se, então, que a contratação padronizada e de adesão privilegia os segmentos mais fortes da produção e comercialização de bens. Por isso, importa a regulamentação da atividade econômica em seu conjunto, a fim de “reforçar o acesso ao consenso pleno, despejando as dúvidas individuais (intervenção como garantia subjetiva ao consentimento pleno) e colocando as partes em igualdade material de expressão (ordem pública de proteção)”¹²⁹.

c) Alguns reflexos da nova postura

Decorrente dessa nova postura em relação aos direitos subjetivos, muitos autores contemporâneos observam uma interconexão salutar dos ramos privado e público do Direito, ou uma comunhão interdisciplinar entre ambos, que supera antigas compreensões ancoradas na idéia de uma sistematização em compartimentos estanques e facilita a interpretação dos interesses envolvidos¹³⁰. Como assinala Maranhão de Carvalho, o antigo embate entre Direito Público e Direito Privado torna-se apenas aparente, na medida em que o processo de

¹²⁹ LORENZETTI, 1998, p. 541-543.

¹³⁰ CARVALHO, Astrid Maranhão de. A transmodernidade e a relação de consumo. In: EFING, Antonio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002, v. 1. p. 149-202, p. 161. Cf. também FACHIN, 1998, p. 116. Há aqueles que falam numa publicização do Direito Privado e de uma privatização do Direito Público que reflete o processo correlato de “uma socialização do Estado e de uma estatização da sociedade” (cf. HABERMAS, 1984, p. 179-180). Segundo Leonardo Mattietto, Direito Público e Direito Privado se complementam, cf. MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-186. p. 164-167. Cf. também GIORGIANNI, 1998, p. 35-55; e KELSEN, 2000, p. 312-315.

intervenção do Estado se impõe cada vez mais, em busca de “uma equivalência de poderes nas relações jurídicas contratuais (de consumo ou não), revelando uma consciência social”¹³¹.

A teoria moderna passou a aceitar *normas cogentes* na esfera privada, não apenas restringindo-se às *normas dispositivas*. Na concepção liberal valia o princípio da *generalidade* da lei como figura abstrata de *garantia das liberdades do indivíduo*, ficando a este o encargo concreto de dirigir o fenômeno econômico e colocar limitações à sua liberdade através do “poder da vontade”, considerado como o instrumento adequado para tratar com o caso particular¹³².

A nova concepção do Direito dos Contratos compreende, pelo contrário, que não pode exaltar a atividade individualista no contexto da vida econômica e apostar que a garantia dessa atividade seja idônea para tutelar o indivíduo. A partir dessa percepção se propõe ao Estado adotar atitudes concretas de direção do fenômeno econômico, acreditando que não é possível aceitar irrestritamente uma forma de garantir a igualdade por leis *gerais, abstratas e dispositivas*. O fenômeno jurídico precisa assegurar a consecução concreta do equilíbrio das relações econômicas, que se comportam com força centrífuga, desagregadora, provocadora de choques, de dissociação e de desequilíbrio na sociedade¹³³.

Georges Ripert, perquirindo sobre os abusos do poder econômico dissimulados nos contratos de adesão, reconheceu que é necessário impedi-los. A liberdade contratual só é reconhecida porque “aparece como a mais justa e a mais fácil organização das relações sociais”. Mas, “se em certos casos, essa liberdade leva à exploração injusta dos fracos pelos fortes, é preciso quebrá-la”. Constatando que os contratos de adesão são tão suspeitos como os outros, por serem contratos, escreveu:

Será, portanto, inútil procurar a solução desse problema na interpretação mais ou menos larga ou restrita das cláusulas do contrato pelo juiz encarregado de o aplicar. Não se pode avançar muito nesse assunto, sob pena de estabelecer uma temível arbitrariedade. É ao legislador, poder político, que compete impedir os abusos do poder econômico¹³⁴

Essa lição, que recomenda deixar ao Poder Legislativo o encargo de definir as cláusulas que são consideradas abusivas, escreveu a história durante todo o século XX, no âmbito dos contratos civis e empresariais. Sem embargo, com o reconhecimento do controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, dando ampla possibilidade de avaliação pelo juiz, a postura tradicional perdeu força e não tem mais argumentos plausíveis para sustentar-se. Criou-se o impulso para avançar em direção ao reconhecimento de que

¹³¹ CARVALHO in: EFING, 2002, v.1, p. 197.

¹³² Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 25.

¹³³ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 25.

¹³⁴ RIPERT, 2002, p. 116.

não há arbitrariedade no controle judicial das cláusulas abusivas, mesmo porque o próprio legislador abriu mão de definir com exatidão, em uma ordem fechada, todas as possibilidades de abusos contratuais.

Outrossim, desvaneceu-se o medo de que o Judiciário não possa responsabilizar-se por manter, ao mesmo tempo, a igualdade das partes contratantes e a das prestações, para satisfazer um ideal de justiça encerrado nos princípios vigentes no ordenamento. E isso é importante, pois parece evidente que os juízes têm um papel fundamental, seja para servir à exploração do homem pelo homem, consagrando o enriquecimento injusto de um dos contratantes em prejuízo do outro, seja, pelo contrário, para a realização da justiça, quando pautam suas decisões numa concepção de igualdade substancial, encarnada nos princípios do Direito vigente.

A teoria tradicional tratava a intervenção do Judiciário no contrato como uma ingerência do Estado no domínio privado. A essa idéia é contraposta uma nova visão. Se a influência do Direito é ampliada em direção à concretização de relações contratuais mais equilibradas, por meio de normas cogentes ou por princípios que requerem materialização, logicamente também a competência do fórum de verificação desse equilíbrio, no âmbito do Poder Judiciário, precisa ser reforçada¹³⁵.

Com efeito, além do simples exame externo do contrato, que já era possível nos contornos evolutivos da concepção clássica, a teoria moderna do Direito dos Contratos procura justificar revisões judiciais que comportem uma análise interna quanto ao equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Uma das razões disso decorre justamente do desprestígio da vontade da parte mais fraca na fixação do conteúdo do contrato padronizado e de adesão.

Observe-se que, nos contratos do século XIX, a “igualdade” das partes não impedia que a mais forte determinasse o conteúdo do contrato, mas havia as negociações que possibilitavam um reconhecimento maior das pretensões dos mais fracos. “Foi apenas após a massificação do contrato que a posição do mais fraco ficou visivelmente a descoberto”¹³⁶. Com a massificação da contratação tornou-se praticamente impossível a inclusão de cláusulas divergentes das padronizadas; assim, não há mais justiça procedimental e, portanto, quebra-se a antiga presunção da “*troca de equivalentes*”, ou do “*equilíbrio automático das trocas*” pressuposto pela concepção clássica.

¹³⁵ No entanto, de um ponto de vista crítico, pode-se observar que numa *democracia estatista* o Judiciário cada vez mais é sobrecarregado com o fardo da propositura de ações, por causa de problemas decorrentes do sistema capitalista e do modo de estabilização das interações, sem possibilidade de reconhecimento inter-subjetivo de direitos subjetivos com *igualdade de chances*. No fundo, significa que, para a superação total do modelo liberal não de ocorrer mudanças muito mais abrangentes. Nesse aspecto, Habermas tem razão de afirmar que no modelo das democracias existentes aumenta o valor posicional funcional da jurisdição: “Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 244).

¹³⁶ NORONHA, 1994, p. 73.

Na nova realidade vigente é permitido o controle judicial do conteúdo dos contratos e as cláusulas abusivas devem ser suprimidas de ofício pelo juiz, no tocante aos contratos de consumo (art. 51, do CDC). A possibilidade de intervenção do Estado no controle do conteúdo contratual demonstra uma mudança de comportamento. Dantes, nada podia fazer, a não ser procurar que a vontade manifestada pelas partes atingisse seus objetivos. Hoje, ao contrário, “o Poder Judiciário tem verdadeiro dever de adequar os contratos e/ou cláusulas contratuais para manter a equidade entre as partes”, como observa Caroline Pascuti¹³⁷.

Adverte-se, no entanto, que essa posição está mais bem definida no âmbito do Direito do Consumidor. No Direito Civil e Empresarial, pelo contrário, esse entendimento doutrinário não está delineado; ainda se acredita no “livre-mercado”, esquecendo-se da *materialização da distribuição equitativa de direitos subjetivos*, a qual continua desfigurada por um modo de ler individualista. Dessa forma, o Estado Democrático brasileiro não mantém a coerência do seu viés, no sentido da intervenção do Judiciário para invalidação parcial do contrato com a decretação de nulidade de cláusulas abusivas, em benefício de contratantes “mais fracos” como, por exemplo, os fornecedores não empresários (os “pequenos” produtores de fumo, “pequenos” hortifrutigranjeiros), “pequenos” investidores no mercado de capitais, “pequenos” poupadores, etc., enfim também outros aderentes de contratos interempresariais (como os de franquia, distribuição ou concessão, compra e venda etc.). São contratantes que sofrem imposições abusivas. Ainda que se possa questionar sobre o grau de intensidade dessas imposições, em relação às sofridas pelos consumidores, eles estão sujeitos à ditadura contratual dos mais fortes.

Todavia, mudanças são necessárias para manter a coerência com as exigências principiológicas constitucionais, decorrentes do paradigma do Estado Social adotado. Como explica Paulo Luiz Neto Lôbo, “o direito romano não conheceu o contrato como categoria geral, até porque inexistia o direito subjetivo como os modernos desenvolveram”. No paradigma liberal moderno, o contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação passa a ser lei entre as partes e na fórmula *pacta sunt servanda* “encobre-se de inviolabilidade,

¹³⁷ PASCUTI in: EFING, 2002, v.1, p. 60-61. Astrid Maranhão de Carvalho observa: “Nesse caminho, a releitura sobre a ordem interna da relação jurídica não só ocorreu no campo consumerista, mas sim, no mundo privatístico na sua integridade [...]. Cumpre ressaltar que no pensamento tradicional a leitura da formação era linear com base patrimonial, ou seja, credor-devedor ocasionando um afastamento de correspondência dos direitos do devedor e somente focalizava os direitos do credor a exigir um fazer ou não fazer do devedor. Nota-se que a referida interpretação proporcionava uma afirmativa direta de desequilíbrio, tendo como base central do relacionamento jurídico o patrimônio, sendo excessivamente abstrato, afastando-se da vida concreta”. Um exame mais profundo da matéria contempla vários aspectos: “Na constituição interna do relacionamento jurídico definimos requisitos para sua organização como sendo o direito subjetivo, dever jurídico e a sujeição, e na área de revelação externa os elementos formadores como os sujeitos, objeto, fato jurídico social e a garantia” (CARVALHO in: EFING, 2002, v.1, p. 175- 176).

inclusive em face do Estado ou da coletividade”. Tratava-se de uma “visão idílica” de realização da justiça, “que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador”¹³⁸.

Contudo, “o modelo liberal do contrato não resiste ao paradigma que se desenvolveu no futuro imediato, e se desenvolve na atualidade, principalmente por conta de dois macro-fatores: o Estado social e a sociedade de massas”. Sob o impulso das lutas sociais surge o paradigma do Estado Social, carregado de direitos sociais; “a Constituição garantista das liberdades formais converte-se na Constituição dirigente, para a promoção da justiça social”. Além das atribuições de organização do Estado, delimitando os poderes e as garantias individuais, “a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social”¹³⁹. O art. 170 da Constituição brasileira “adota como princípio estruturante da atividade econômica justamente a justiça social” que, por sua vez, matriza os princípios específicos que deverão reger as relações econômicas.

Esse novo paradigma, delineado constitucionalmente, incorpora a transformação da concepção do Estado, como ressalta Paulo Neto Lôbo:

O Estado social (*welfare state*) caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao Estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social¹⁴⁰.

O autor ainda complementa que, mesmo com as recentes mudanças do Estado Social empreendidas a partir dos anos 90 para cá, “convertendo-se de um Estado empreendedor em um Estado regulador”, ele “não perde sua natureza de Estado social, que é o Estado que se caracteriza justamente pela intervenção legislativa, judiciária e administrativa. Hoje, muito mais, temos que dizer que o que está se percebendo, na transformação do direito contratual, é a chamada mão invisível do Estado, que passa a controlar o mercado”¹⁴¹.

A consolidação das mudanças exige construir uma base teórica ancorada em princípios que permitam a reconstrução do Direito dos Contratos, incorporando em maior extensão o problema das desigualdades. A leitura dos princípios do Direito dos Contratos realizada pela concepção moderna aponta um fundamento de caráter social que permite avançar em direção a um intervencionismo estatal mais coerente. Esses princípios, como reflexos deontológicos de valores sociais firmados como princípios na Constituição, irão

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 40-45, dez. 1995. p. 41-42.

¹³⁹ LÔBO, 1995, p. 42.

¹⁴⁰ LÔBO, 1995, p. 42.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito e constituição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 241-245, out./dez. 2000. p. 243-244.

nortear a interpretação da legislação aplicável aos contratos civis e empresariais, para que o Estado lhes forneça um tratamento conforme o princípio básico da “igualdade democrática”. Ou seja, tais princípios facilitam a concretização da idéia de que a *reparação das situações dos desfavorecidos* pelo Estado deve ser válida para todos. A maior aproximação a essa noção é propiciada, especialmente, pelo reconhecimento de um papel fundamental ao princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual no controle das cláusulas abusivas. Vejamos brevemente esses princípios.

1.4.2 Os princípios fundamentais dos contratos na concepção moderna

a) A conjugação dos princípios na nova ordem contratual

A nova teoria contratual está em processo de formação. Rumo às novas concepções, mesmo que o Código Civil não tenha acompanhado os novos tempos, uma *interpretação criativa e construtiva*¹⁴² possibilita distinguir as concepções de justiça que rejeitamos, ou mesmo deploramos, daquelas que o ordenamento jurídico, observado na sua totalidade, requer e visa implementar. Uma das idéias para garantir a *integridade do direito*¹⁴³ que a nova concepção do Direito dos Contratos propugna é a da *justiça substancial*.

Nessa linha, como já foi visto, primeiramente a nova teoria busca tomar distância da *obrigatoriedade* ou *intangibilidade* do contrato enquanto mecanismo de garantia da liberdade dos mais fortes. Em seguida, como se verá adiante, a partir dos pressupostos de possibilidade de *exame interno* atento ao

¹⁴² Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 55-108.

¹⁴³ Como assinala Dworkin: “A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar” (DWORKIN, 1999, p. 273). Para uma visão mais completa sobre a integridade no Direito, cf. *Idem*, p. 271-331. Uma crítica pontual à “integridade do direito” é feita por Ronaldo Porto Macedo Júnior: “A *doutrina da integridade* e a idéia de sistema jurídico legal racional ajudam a manter a legitimidade do direito, à medida que esse é apresentado como um sistema neutro, isento de valores, imune à política e organizado por um conjunto de princípios que podem ser legitimados tanto racionalmente como pela tradição e rotinização das ações dos operadores do direito” (MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 48). A nosso ver, essa crítica está muito contra do que prega Dworkin sobre a colocação de princípios na prática da decisão judicial. Ele supera a posição hermenêutica tradicional, que buscava caracterizar os princípios gerais com recursos a um *ethos* dominante, ou nos *standards* dos costumes, aprimorados pelas interpretações, para fundamentar a racionalidade das decisões judiciais. Como bem observa Habermas, na esteira do pensamento de Ronald Dworkin “uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios” (HABERMAS, 1997, v 1, p. 248 e 252).

equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, coloca-nos nas mãos uma medida importante para avaliar uma realidade contratual intransparente: as cláusulas abusivas. Para tanto, um dos caminhos apresentados é a conjugação de princípios, como os da boa-fé e da justiça contratual, com o postulado da autonomia privada.

O ordenamento jurídico liberal manifestava-se como *garantidor* de uma ordem econômica existente, por isso não se pode caracterizá-lo como abstencionista. Mas ao Estado não era posto o problema do risco de ferir a livre iniciativa no momento da intervenção, pois ela era sempre absoluta, pouco lhe importando outros valores. Hoje, contudo, a função do Direito passou a ser a de criar, a de dar forma à nova realidade; isto é, além daquela *força de garantia* propiciadora do desenvolvimento da livre iniciativa, o Direito se manifesta como *força prospectiva*, como *força impulsionadora*¹⁴⁴ em direção a vários valores considerados importantes para a sociedade.

Ou seja, incumbe ao Estado estar a serviço da coletividade e assumir um papel facilitador da atuação privada para viabilizar e compatibilizar a primordial atividade e iniciativa individuais com a força deontológica de outros princípios positivados na ordem jurídica. No entanto, no âmbito da dogmática do Direito Civil, ainda não está consolidada uma nova concepção do Direito dos Contratos que se coadune com as tarefas a que se propõe o Estado Democrático de Direito: assegurar a *materialização conjunta* da liberdade, da igualdade, da justiça, e de outros princípios que podem ser encontrados desde o Preâmbulo da Constituição.

Feita essa ilustração, vale destacar que, entre os defensores do Estado Social e da nova concepção do Direito dos Contratos, vários princípios são chamados à análise das relações contratuais: “No campo da interpretação contemporânea, o direito subjetivo rege uma atribuição de interesses limitados pelo social-coletivo, conforme os parâmetros estabelecidos pelo princípio da boa-fé, dignidade humana, interesse social, ordem pública, solidariedade”¹⁴⁵.

Descritos dessa forma, alguns princípios descendem diretamente da Constituição, portanto, não se faz distinção entre princípios fundamentais da sociedade, que formam uma ordem pública externa aos contratos, e princípios específicos, que formam a ordem pública interna do Direito dos Contratos¹⁴⁶. É claro que todos aqueles princípios precisam ser igualmente observados nas relações contratuais. Talvez até nem fosse necessário distingui-los, se o sistema jurídico não comportasse normas ordinárias inferiores como o Código Civil; mas, se é

¹⁴⁴ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 213.

¹⁴⁵ CARVALHO in EFIGN, v. 1, 2002, p. 176. Joelma Ticianelli também destaca, entre os princípios e os direitos constitucionais que norteiam a autonomia privada, criando limitações, os seguintes: princípio da livre iniciativa, princípio da livre concorrência, princípio da soberania nacional, direito da liberdade de profissão, direito da sucessão de bens de estrangeiros, direito de propriedade, princípio da função social da propriedade, princípio da proibição da usura, princípio garantidor do bem de família, direito à equidade (contra onerosidade excessiva) (TICIANELLI in: LOTUFO, 1999, p. 47-52).

assim, há uma superioridade didática no fazer-se a distinção, além de ser uma interpretação que coaduna todo o sistema do Direito Privado à Constituição.

Fernando Noronha advoga a existência de uma ordem pública interna ao Direito Contratual, composta por três princípios básicos:

Aos valores básicos sociais da liberdade, da justiça e da ordem correspondem, no Direito dos Contratos, os princípios da autonomia privada, da justiça contratual e da boa-fé, sendo esses três os ‘princípios de ordem pública contratual’. Eles estão numa relação de permanente tensão, autodelimitando-se reciprocamente¹⁴⁷.

Não se trata de nenhuma novidade, mas de hermenêutica crítica. O afloramento dos princípios da boa-fé e da justiça contratual se deu a partir da crítica ao princípio da autonomia privada. No fundo, eles sempre estiveram latentes em todos os ordenamentos, porém continuamente ofuscados pela ênfase artificial dada ao princípio da autonomia privada¹⁴⁸.

Essa perspectiva, além de reconhecer o verdadeiro papel da autonomia privada¹⁴⁹, ao destacar o princípio da boa-fé e da justiça (ou do equilíbrio) contratual, fornece importantes considerações para fundamentar a imperiosidade de se fazer um exame interno, quanto ao equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, nos contratos padronizados e de adesão, sempre que as estipulações se tornarem problemáticas. Mas, sobretudo, procura partir de um embasamento de caráter social, comprometido com as desigualdades socioeconômicas, e com isso desliga-se da concepção liberal.

Ao sustentar o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual como princípio básico para a verificação do conteúdo relativo a cláusulas abusivas, está-se numa perspectiva diferente da dos que se ancoram no princípio da boa-fé para essa análise. É realmente uma inovação, pois o princípio do equilíbrio contratual não é reconhecido pela concepção clássica do Direito dos Contratos; certamente porque a sua aplicação possibilita

¹⁴⁶ Cf. NORONHA, 1994, p. 15.

¹⁴⁷ NORONHA, 1994, p. 18 e p. 111 et seq.

¹⁴⁸ Segundo Fernando Noronha, “foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade” (NORONHA, 1994, p. 122).

¹⁴⁹ Como explica Ronald Dworkin, na visão gadameriana, é possível apresentarmos “a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN, 1999, p. 75). Nesse sentido, aceitando a imposição histórica, se reconhece a autonomia da vontade; porém, lutando contra a imposição histórica, supera-se o dogma da *obligatoriedade do contrato*. Ilustra essa idéia a imagem de Wittgenstein: a instituição tem a continuidade “de uma corda constituída de inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu cumprimento nem a abarca em toda a sua largura” (DWORKIN, 1999, p. 85). Por isso, na releitura atual feita pela concepção moderna do Direito dos Contratos, aceita-se a continuidade do princípio da autonomia privada, porém, ele perdeu suas arestas, está sem aquele poder de autovinculação intangível e com a admissibilidade de se colocar limites ao poder dos mais fortes.

uma proteção aos economicamente débeis. Por outro lado, o princípio da boa-fé já era reconhecido, naquela concepção.

Como bem observa Franz Wieacker, a “origem dos tênues elementos de caráter social” se deve ao fato de que “eles provêm, em parte, da preocupação do liberalismo clássico, eticamente fundado, pela pureza das regras morais do tráfico jurídico”. É por isso que, desde o tempo da concepção liberal, havia limitações à liberdade contratual, provindas de vinculações morais de caráter geral, ligadas ao princípio da boa-fé (ex. § 242, do BGB); mas, em geral, o BGB decidiu “fundamentalmente, no caso de contratos bilaterais, contra o princípio da equivalência material provindo da ética contratual aristotélica, tomística e jusracionalista”¹⁵⁰.

Muitos dos nossos ilustres juristas ainda continuam, para a intervenção do Estado no âmbito contratual, buscando fôlego apenas no princípio da boa-fé objetiva, perpetuando a máxima desvendada por Wieacker: o caráter tênue do intervencionismo em benefício dos mais fracos. Isso ocorre inclusive quando procuram justificar o princípio da “justiça contratual” ou da “equivalência material” com base no princípio da boa-fé, sem reconhecê-lo como princípio autônomo. Por isso, cabe proclamá-lo como princípio vigente na ordem jurídica brasileira, ocupante do mesmo *status* jurídico e densidade normativa que outros princípios. Aliás, sua raiz encontra-se no próprio texto constitucional.

b) O princípio da autonomia privada na contemporaneidade e seu novo perfil

A concepção moderna do Direito dos Contratos compreende que, numa sociedade repleta de desigualdades, as declarações de vontade, com base no pressuposto da igualdade formal das forças em jogo, não levam à realização de um contrato *justo*. Se o Estado não demonstra a preocupação com a formação de uma realidade justa, em consequência perde a legitimidade de sua atuação. Por isso, a nova teoria sustenta que a liberdade contratual não pode ser suprema, deve sofrer limitações e restrições para adequar-se à função social. Assim, entende que, hoje, a liberdade contratual não é apenas limitada pelo seu mau uso: na verdade, ela só é justificada através da premissa da utilização social. Portanto, ao ser facultada, na medida da lei, se transformou de um direito egoísta em um direito condicionado ao dever, cujo exercício está colocado sob a tutela do Estado.

¹⁵⁰ Cf. WIEACKER, 1980, p. 551-552.

Em primeiro lugar, a teoria moderna trata de buscar um ponto de equilíbrio entre a *autonomia privada* e a demanda por *justiça substancial* nas relações contratuais. Considera-se um valor importante para a sociedade a autonomia: cada um tem, em princípio a capacidade para obter um grau de existência digno para si e para sua família, precisa ser livre para realizar seus desejos, suas escolhas pessoais de religião, profissão, associação, etc., mas sabe que essas competências e liberdades só podem desenvolver-se na medida em que se tenha autonomia com *igualdade de chances* e condições concretas para o desenvolvimento das potencialidades humanas. Para isso, o mercado precisa ser compreendido como um “espaço de oportunidades para desenvolver o significado e o sentido da vida de cada pessoa”¹⁵¹.

Nas relações econômicas não basta assegurar apenas a aparência de direitos iguais, ou seja, o caráter procedimental “puro” ou formal, baseado na *generalidade* como garantia da igualdade, e na *correção* — ou *verdade* — como garantia da justiça. É mister contrapor algo novo à idéia de que a intervenção estatal é prejudicial ao mercado, porque afeta a eficiência econômica das transações negociais, e de que a atividade laboral será tanto mais rentável quanto mais relegada for à iniciativa privada e ao poder de barganha negocial dos agentes econômicos, através da livre atuação. É preciso intervir de alguma forma, precisamente porque a lógica do mercado serve apenas a alguns: os mais fortes.

A dificuldade é encontrar a melhor maneira para maximizar o desenvolvimento dos princípios a que a concepção moderna do Direito dos Contratos se propõe: liberdade contratual com igualdade e justiça substancial. A doutrina normalmente salienta que a intervenção desmesurada e indevida, pelo chamado Estado assistencial, leva à atrofia da esfera privada (e da iniciativa individual), que se acostuma ao paternalismo, ou seja, como resultado, prejudica justamente a autonomia privada, que visa beneficiar¹⁵².

Ademais, alguns ainda poderiam dizer que a intervenção judicial nos contratos impede a mobilidade, criatividade, etc., que a economia e o ritmo dos negócios requerem, na atualidade. No entanto, já se tem a prova histórica, fornecida pelo liberalismo econômico e por seu ranço perpetuado até hoje, de que a propriedade privada associada à liberdade contratual sem limites permitem sufocar a autonomia privada dos mais fracos. Ou seja, a história revela que, sem que o Estado assuma algum tipo de influência em relação ao *conteúdo* da contratação, não há justiça substancial e sempre há exacerbação do individualismo e da tendência ao abuso, em detrimento do direito a liberdades subjetivas iguais.

¹⁵¹ NEGREIROS, 2002, p. 296.

¹⁵² Habermas explica a necessidade da mudança de paradigmas do Estado liberal para o Estado Social e também constata as fortes limitações à liberdade contratual a partir da padronização da contratação, mas, do mesmo modo, faz severas críticas à forma de atuação do Estado Social, principalmente, em relação ao paternalismo e

É diante dessa crise dos mecanismos da teoria tradicional e dos problemas próprios da efetivação prática dos princípios que a nova concepção procura encontrar o real valor do princípio da autonomia privada. Então, reconhece que o fundamental nas relações contratuais é saber quanto o ordenamento jurídico cede espaço à autonomia privada. A vontade das partes “apenas pode dar vida ao negócio, mas não justifica os termos da sua tutela jurídica”¹⁵³. Assim, a vontade declarada ainda é um dos pressupostos de validade do negócio jurídico, mas a força obrigatória dos contratos não encontra amparo no princípio da autonomia da privada.

Como ensina Fernando Noronha, a autonomia privada contratual é princípio fundamental do Direito dos Contratos, reconhecidamente, a fim de assegurar aos particulares a possibilidade de auto-regulamentarem seus interesses, conformando-os sob sua própria responsabilidade, para que tenham condições de se promoverem e afirmarem como pessoas¹⁵⁴. A liberdade contratual, porém, deve estar submetida, só se justificando a sua utilização em compatibilidade com outros princípios. Por isso, na teoria moderna, o princípio da autonomia da vontade continua fundamentando os princípios derivados — da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos - mas todos só têm valor na precisa medida em que se reconhece ou se atribui autonomia aos particulares, determinando-se que ela seja exercida conforme as “razões e nos limites da função social do contrato” (art. 421 do C.C.), e desde que observados também outros princípios, como a boa-fé e o equilíbrio contratual¹⁵⁵.

O principal desses subprincípios é o da *liberdade contratual*, que significa a soma de várias “liberdades”: liberdade de contratar ou não, de escolher as pessoas com quem contratar, de definir o contrato a ser celebrado, assim como de negociar seu conteúdo e estabelecer-lhe a forma mais adequada. Geralmente se distingue *liberdade de contratar* — “faculdade de realizar ou não determinado contrato” — e *liberdade contratual*, que é “a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato”. Através dessa distinção se enfatiza que, na realidade contratual, atualmente, o golpe mais profundo se dá na *liberdade contratual*, impedindo a parte mais fraca de influir na elaboração do conteúdo do contrato¹⁵⁶.

Em razão disso, a nova concepção reconhece o seguinte problema: se o Direito admite aos predisponentes uma liberdade contratual a ponto de poderem realizar sozinhos a definição do conteúdo do

seus efeitos colaterais prejudiciais à autonomia privada, que visa beneficiar (cf. HABERMAS, 1984, p. 178-179, 1997, v. 2, p. 140-141 e 144).

¹⁵³ NORONHA, 1994, p. 113.

¹⁵⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 115.

¹⁵⁵ Cf. NORONHA, 1994, p. 120.

¹⁵⁶ Cf. NORONHA, 1994, p. 42, 2002, p. 176; cf. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 2. p. 121.

contrato, tal como ocorre nos contratos padronizados e de adesão, por outro lado, esse conteúdo deve permanecer sempre exposto à crítica em relação à força deontológico-normativa de outros princípios.

Ao detectar esse problema, passa-se a pensar que a liberdade contratual deve ser entendida como “liberdade sócio-jurídica”, dada a relevância do bem comum em relação aos interesses individuais. A partir da noção do desequilíbrio dos interesses e poderes econômicos, na realidade contemporânea, sustenta-se que haja o correspondente condicionamento crescente das partes contratantes, através de vários meios, para transformar o contrato em instrumento de caráter social. “Desse modo, a ingerência exógena no conteúdo das avenças não constitui intromissão indevida ou abuso do Estado, mas contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de determinado grupo social”, nas palavras de Luiz Edmundo A. Bojunga¹⁵⁷.

Ao ter plena consciência dos problemas imbricados, principalmente nos contratos padronizados e de adesão, inclusive civis e empresariais, a concepção moderna busca os meios de intervenção também para essas relações. Um deles é, especificamente, o controle judicial, isto é, aquele realizado pelos juízes através de um exame interno do conteúdo do contrato, para verificar se não há cláusulas que ofendam os limites estabelecidos pelos princípios do Direito dos Contratos.

c) Considerações preliminares sobre o princípio da boa-fé

As considerações sobre o princípio da boa-fé serão retomadas mais detidamente no capítulo IV, destinado ao estudo sobre a aplicabilidade dos princípios ao controle das cláusulas abusivas. Por ora, cabe salientar que, na concepção clássica e neoclássica, o elemento moral que dá suporte ao contrato é basicamente a promessa expressa e licitamente comunicada entre as partes: “A única norma moral social invocada é aquela que determina que a promessa deve ser cumprida. Outros princípios, como a boa-fé, quando presentes desempenham uma mera função acessória e supletiva”, como assinala Ronaldo Porto Macedo Jr.¹⁵⁸. Por isso restavam poucas chances para um exame da substância das promessas pelos juízes.

A concepção moderna defende que um dos elementos relevantes no controle do conteúdo do contrato, e portanto do próprio exercício da liberdade contratual, é oferecido pelo princípio da boa-fé contratual,

¹⁵⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, ano 79, p. 54-68, mar. 1990. p. 54.

¹⁵⁸ MACEDO JUNIOR, 1998, p. 212.

que “traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte”. Uma vez que a segurança dos negócios é essencial para o funcionamento da economia e depende da relação de confiança, é importante lembrar que o dever de agir com boa-fé se apresenta em todas as fases do contrato, desde as negociações que o precedem até a sua conclusão, interpretação e execução¹⁵⁹.

Desse modo, Fernando Noronha delineou claramente, pela primeira vez na doutrina, que o princípio da boa-fé possui três funções: *interpretativa* (ajuda a determinar o sentido das estipulações contidas no contrato ou outro negócio), de *integração* (explícita e amplia os deveres, como os deveres acessórios ou anexos: de proteção, de esclarecimento e lealdade, etc.) e de *controle* (marca os limites dos direitos). A base legal dessas funções pode ser observada, respectivamente, nos arts. 113, 422 e 187, do Código Civil de 2002¹⁶⁰.

No tema aqui pesquisado, a mais importante das funções do princípio da boa-fé é a de controle: “o credor no exercício do seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob penas de proceder ilicitamente ou, pelo menos, antijuridicamente”. No fundo, essa assertiva traz uma *limitação* ao princípio da autonomia privada, na medida em que nenhum direito pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com a função social, sob pena de se incorrer em *abuso de direito*¹⁶¹, matéria que será estudada melhor no próximo capítulo.

Aqui, para não alongar demais, basta dizer que, no âmbito das cláusulas abusivas, que é matéria, por excelência, de aplicação do princípio da justiça contratual, uma importante contribuição do princípio da boa-fé é o esclarecimento das chamadas *cláusulas-surpresa*. O núcleo essencial das *cláusulas-surpresa* “é constituído por estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé, embora tenham como finalidade última esconderem a situação de desequilíbrio entre os direitos e obrigações”¹⁶².

Noutro aspecto funcional, o sentido objetivo da boa-fé, decorrente da compreensão da complexidade da relação jurídica obrigacional e da multiplicidade de deveres que a envolve, põe em evidência a necessidade de fiscalização do comportamento do sujeito contratante¹⁶³. Nesse sentido, o princípio da boa-fé é importante, inclusive, para reger o próprio procedimento de construção das “declarações de vontade”, pois entre os deveres que apresenta, a partir do dever geral de *neminem laedere*, está o de respeitar a *liberdade negocial* de

¹⁵⁹ Cf. NORONHA, 1994, p. 147-148.

¹⁶⁰ Cf. NORONHA, 1991, p. 141-234, 1994, p. 151. Vale destacar também o estudo posterior de Judith Martins-Costa “A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional” (cuja primeira edição é de 1999), o qual também chegou às mesmas conclusões sobre a tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânon hermenêutico-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 427-472).

¹⁶¹ Cf. NORONHA, 1994, p. 167-168.

¹⁶² NORONHA, 2002, p. 197.

outrem. O descumprimento de deveres como os de informação e clareza na linguagem, não-indução ao erro da outra parte, etc. gera responsabilidade pré-negocial¹⁶⁴. No entanto, como se sabe, na feitura de contratos padronizados e de adesão esses deveres raramente são cumpridos.

Com o reconhecimento de um *status* diferenciado ao princípio da boa-fé, na prática da decisão judicial está ocorrendo uma transformação relativa aos interesses jurídicos merecedores de proteção. Por exemplo, se antes o interesse de restituição tendia a ser o preponderante e mais importante para os tribunais, é certo que, com a valorização dos deveres decorrentes da boa-fé, a proteção das expectativas e da confiabilidade passa a ter maior peso. Dessa maneira, vai tornando-se mais comum a caracterização do abuso da confiança, inclusive pela consideração de que o contratante tem o dever de cooperar e fazer o esforço razoável tanto para que o contrato se realize, como para que os danos decorrentes de sua inexecução sejam evitados, ou que não haja prejuízos desnecessários.

Enfim, trata-se de um perfil diferente, adotado recentemente: após a volumosa presença do Código de Defesa do Consumidor no cotidiano brasileiro, cresce cada vez mais a atenção ao princípio da boa-fé, na sua variante objetiva e na sua projeção para todo o sistema contratual¹⁶⁵. Mas, no que diz respeito ao controle das cláusulas abusivas, a tendência mais sensata encontra-se na doutrina que o sustenta como âmbito próprio do princípio da justiça contratual. A expansão da aplicação do princípio do equilíbrio no controle das cláusulas abusivas oferece aos juízes melhores condições para distanciar-se da concepção liberal e com isso alcançar uma ampliação da proteção dos contratantes vulneráveis. Observe-se melhor esse princípio.

d) Considerações preliminares sobre o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual

O estudo sobre o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual será retomado mais detalhadamente no capítulo IV, por ocasião da análise de sua aplicabilidade ao controle das cláusulas abusivas. Por ora, cumpre ressaltar que, com base no princípio da justiça contratual é possível obter-se um ponto de vista diferente da teoria, benéficamente contaminada pelo novo espírito trazido pelo CDC, mas que geralmente sustenta a análise contratual para a nulificação de cláusulas abusivas, fundamentada basicamente no princípio da

¹⁶³ Cf. NALIN, 2001, p. 126.

¹⁶⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 150.

boa-fé¹⁶⁶. O princípio do equilíbrio contratual é reconhecido no âmbito do Direito do Consumidor¹⁶⁷ e até propugnado genericamente como lente para leitura do Código Civil¹⁶⁸, no entanto, muito poucos falam de sua aplicação na verificação do caráter abusivo de contratos civis e empresariais.

Para falar do princípio da justiça contratual, primeiro convém lembrar que a Justiça, em sentido amplo, como valor da sociedade, está entre as finalidades últimas e, enquanto a mais profunda aspiração do homem, permanece externa ao próprio Direito¹⁶⁹. Aqui se trata, estritamente, do princípio da justiça contratual, o qual revela sua força deontológica, em especial, na exigência de equilíbrio contratual, com isso solidificando a posição jurídica de todos os contratantes fracos no confronto com o poder econômico privado das empresas. Conforme ensina Leopoldino da Fonseca, a implementação da justiça substancial no âmbito da economia está condicionada à solução de três problemas:

O primeiro é o da *liberdade concreta*, liberada dos condicionamentos meramente idealistas. O segundo é o da *compatibilização* do princípio da propriedade privada com uma *economia dirigida pelo Estado*. O terceiro é o da solidificação da posição jurídica dos trabalhadores e dos consumidores, no confronto com o *poder econômico privado* das empresas, que tendem sempre a uma concentração cada vez mais perfeita¹⁷⁰.

Como ensina Fernando Noronha, a justiça contratual possui suas *raízes na justiça corretiva ou comutativa de Aristóteles*, e tem no seu bojo a preocupação com “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do que o valor que

¹⁶⁵ Cf. NALIN, 2001, p. 126. Sobre a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, entre outros, cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 410-427.

¹⁶⁶ A expressão de Luiz Renato Ferreira da Silva traduz essa corrente: “Tudo o que se disse até aqui conduz à conclusão de que o fundamento do repúdio às cláusulas abusivas assenta naquele que é um dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio: o princípio da boa-fé” (SILVA, L., 2001, p. 52; cf. também p. 57). Isso se deve ao fato de que o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual ainda é tratado fora do âmbito do CDC, como um limite à autonomia da vontade consubstanciado em valor extrajurídico (*Ibidem*, p. 38-39).

¹⁶⁷ Diz Luiz Renato F. da Silva: “Tem-se afirmado que o novo diploma se embasa sobre dois grandes princípios. O do equilíbrio entre as partes contratantes e o da boa-fé”. (SILVA, L., 2001, p. 89; cf. também: MARQUES, 1998, p. 390 e segs.; NALIN, 2001, p. 142-144; EFING, Antônio Carlos. Revisão contratual. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1. p. 13-47. p. 41 et seq.). Seguindo o pensamento de Fernando Noronha, Renata Mandelbaum afirma: “O princípio da justiça contratual sempre esteve latente, mesmo durante o século XIX, em que os valores foram alijados da ciência jurídica quando prevaleceram as concepções positivistas; hoje, observa-se a retomada da tradição greco-latina. A justiça contratual é vista como uma modalidade da justiça comutativa, pressupondo a equivalência entre prestação e contraprestação” (MANDELBAUM, 1996, p. 106).

¹⁶⁸ Cf. SILVA, L., 2001, p. 03-04.

¹⁶⁹ Como assinala Ludwig Raiser, a tarefa de mais elevado nível do Direito é a de prossecução da *justiça substancial*, abandonando o campo da justiça formal; mas “o perfeito funcionamento da economia, a eficiência produtiva e o incremento da renda nacional não garantem de *per si* a *justiça social*. A *justiça substancial* deveria satisfazer a mais verdadeira e profunda aspiração do homem” (RAISER, Ludwig von. *Il Compito del Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'Economia di tre Decenni*. Milano: E. Giuffrè, 1990. p. 44, *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 213).

¹⁷⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 213-214.

recebeu [...]”¹⁷¹. Nesse sentido, o princípio da justiça contratual “traduz a idéia de razoável equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes, nos contratos comutativos”¹⁷².

Fernando Noronha observa que é preciso distinguir duas dimensões, a *justiça formal* e a *justiça substancial*. A justiça formal requer a *igualdade de oportunidades* no processo de contratação, para que haja liberdade para decidir e negociar de forma esclarecida. Por exemplo, as condições da justiça formal não se realizam no caso de vícios do consentimento ou incapacidades, nos contratos iníquos como os afetados por lesão ou estado de perigo, e nos contratos padronizados e de adesão. A *justiça substancial*, ou material, por não se contentar com a igualdade meramente formal das partes nos contratos comutativos, busca assegurar o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma das partes. De acordo com as exigências da justiça comutativa, esse “equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequada contrapartida dos sacrifícios que assume”¹⁷³.

Ainda, é importante destacar que a *justiça substancial* pode ser encarada do *ponto de vista subjetivo*, em que cada uma das partes pode avaliar se os benefícios que receberá serão iguais ou maiores do que os sacrifícios que estará assumindo (justiça subjetiva); ou do *ponto de vista objetivo*, caso em que “será necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, contrabalancem os seus encargos” (justiça objetiva). A justiça contratual que interessa não é a que resulta da avaliação das partes, e, sim, a que decorre de acordo realizado mediante um critério objetivo¹⁷⁴.

Fernando Noronha assinala que os critérios objetivos para se estabelecer a justiça substancial de um contrato podem ser dois: 1) o critério de “*equivalência entre prestação e contraprestação*, segundo o qual a justiça se realiza quando essas duas tenham um valor sensivelmente correspondente”; ou 2) o critério da “*equitativa ou (ou justa) distribuição de direitos e obrigações*, ou de *ônus e riscos*, que visa ‘uma justa distribuição dos ônus e riscos relacionados com um contato’”¹⁷⁵.

Essas noções do princípio do equilíbrio contratual serão estudadas mais detalhadamente no capítulo IV. Cabe aqui apenas adiantar que, em relação ao primeiro critério, num sistema capitalista que exige margem de lucros, a equivalência entre prestação e contraprestação resta ofuscada, pois é difícil implementar o “justo lucro” e caracterizar o “lucro abusivo”. Mas o insucesso da busca de critérios, que vem desde a decadência da doutrina

¹⁷¹ NORONHA, 1994, p. 214, 2002, p. 183.

¹⁷² NORONHA, 2002, p. 182.

¹⁷³ NORONHA, 1994, p. 220-221.

¹⁷⁴ Cf. NORONHA, 1994, p. 221, 2002, p. 184.

¹⁷⁵ Cf. NORONHA, 1994, 222-223.

do *justum pretium* na Idade Média, não significa que a doutrina e a jurisprudência atual não possam inquirir e criar algum parâmetro nesse sentido¹⁷⁶. O mandamento da distribuição equitativa de ônus e riscos, como salienta Noronha, avulta sua importância, principalmente, em razão dos contratos padronizados e de adesão, através dos quais, pela crescente competitividade, os predisponentes buscam transferir cada vez mais encargos e riscos aos aderentes¹⁷⁷.

A partir desses conceitos e critérios, a nova teoria do Direito dos Contratos possibilita uma fundamentação do controle de eventuais abusos contratuais, não apenas com base no princípio da boa-fé, mas, principalmente, pelo princípio do equilíbrio contratual e sem deixar de respeitar os outros princípios, seja o da boa-fé ou o da autonomia privada.

Nem é preciso evidenciar que nos casos de incapacidades e vícios do consentimento, lesão e estado de perigo e superveniente destruição da relação de equivalência (onerosidade excessiva e correção monetária)¹⁷⁸, já está assente a admissibilidade da revisão contratual e invalidação parcial ou total¹⁷⁹ do contrato. Entretanto,

¹⁷⁶ Arnoldo Rizado reconhece o princípio do equilíbrio sob o enfoque do critério da *equivalência das prestações*: “A margem normal do lucro é tolerada. Não se permite a vantagem escandalosa, o negócio desastroso”. E adiante remata: “O contrato, em essência, e por definição, é um congresso de vontades para formar um ato jurídico e não expediente de exploração do homem pelo homem” (RIZARDO, 2001, p. 14). Ana Prata registra que na jurisprudência francesa havia uma orientação de controle prévio do “equilíbrio patrimonial do contrato” de adesão. Por exemplo, em sentença do Tribunal de Comércio de Paris, de 14 de Abril de 1972, se escreve: “Se, na teoria clássica do contrato, o controle do conteúdo dos contratos de adesão é reduzido, importa, tendo em vista os abusos que eles provocam, promover um controle da existência de um certo equilíbrio material entre as prestações trocadas; não se trata de condenar o poder econômico que se exerce através do contrato de adesão, mas de prevenir os abusos desse poder. Para remediar o abuso que a estipulação, em proveito de uma só das partes, de cláusulas limitativas da responsabilidade, constitui, é possível prever que implicitamente as partes previram a reciprocidade ...” (PRATA, 1985, p. 383-384).

¹⁷⁷ Cf. NORONHA, 2002, p. 184.

¹⁷⁸ Em uma noção restritiva para o âmbito da onerosidade excessiva, Joelma Ticianelli reconhece: “o princípio da equidade exige equilíbrio das prestações, tendo as partes ciência dos ganhos e perdas resultantes do contrato”. Segundo ela: “Esse princípio evita a onerosidade excessiva, evitando o descumprimento contratual por uma das partes. Aqui fica demonstrada a limitação objetiva, que busca o equilíbrio nas prestações devidas entre as partes”. E remata: “Demonstrada a onerosidade excessiva, utiliza-se o princípio da revisão contratual, onde as partes voltam à situação anterior ao contrato” (TICIANELLI in: LOTUFO, 1999, p. 52).

¹⁷⁹ Nos casos de *incapacidades* (arts. 3º e 4º do CC) e *vícios do consentimento* (art. 138 e ss. e 171 do CC), cuja força sempre foi aceita, nem se pode impedir a invalidação do negócio, mesmo com a demonstração do efetivo equilíbrio, de acordo com o princípio da justiça contratual (cf. NORONHA, 1994, p. 227-231). Nesse sentido, sempre foi assente a possibilidade do exame integral do contrato. Também vem de longa data a admissibilidade de provar ofensa ao princípio da justiça contratual nos casos de lesão e estado de perigo. Os casos de *estado de perigo* são assim caracterizados pelo novo Código: “Configura-se o Estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou à pessoa de sua família, de grave dano conhecido da outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (art. 156). Quanto à *lesão*, o novo Código destaca como elementos caracterizadores: “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157). Tanto no estado de perigo como na lesão, além da falta de justiça formal há também a situação de injustiça substancial, que precisa ser comprovada para a anulabilidade do negócio. Por isso, nesses casos o princípio da justiça é fundamental (cf. *ibid.*, p. 232-237). Nos casos de superveniente destruição da relação de equivalência (onerosidade excessiva e correção monetária), com base no pressuposto de que todo contrato tem “um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à economia do negócio, que sem elas ficaria descaracterizado”, Noronha escreve que: “Quando a relação inicial de equivalência objetiva entre prestação e contraprestação venha

quanto à matéria relativa a cláusulas abusivas, especialmente nos contratos padronizados e de adesão no âmbito do Direito Civil (e Empresarial), a doutrina e a jurisprudência estão muito divididas.

Em decorrência da contratação padronizada e de adesão há uma exclusão do uso da linguagem voltada ao *entendimento*. A problemática da contratação moderna deixa de ser uma questão de negociação, formulação de argumentos e objeções com o fim de gerar acordo. Sendo assim, aumentam as possibilidades de uma violação de direitos nos jogos de linguagem que se praticam nos contratos. Por isso, adquire cada vez mais importância para o Direito, e especialmente para o exercício da decisão judicial, a verificação da relação de paridade objetiva do conteúdo expresso no contrato, isto é, avaliar se o conjunto das cláusulas nele inseridas evidenciam uma relação de equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Esse é um dos caminhos para evitar a “vantagem exagerada” dos predisponentes e a desvantagem dos aderentes, uma vez que estes últimos não alcançam o sentido semântico dos termos contratuais ou não têm oportunidade de diálogo para o acordo.

Contudo, a concepção moderna, ao enunciar critérios objetivos para o exame do conteúdo contratual, sustentados a partir do princípio da *justiça substancial* como princípio geral do Direito dos Contratos, acaba por suscitar as seguintes questões: há possibilidade de oferecer proteção e tutela legal a todos os contratantes vulneráveis, através de mecanismos compensatórios¹⁸⁰, em todas as situações que apresentem relações contratuais desequilibradas? Nesse sentido, surge outra indagação: é possível sustentar a revisão contratual e a decretação judicial de nulidade de cláusulas abusivas, para o restabelecimento do equilíbrio contratual, nos contratos civis e empresariais?¹⁸¹.

Se a resposta for afirmativa, emerge outro problema para a teoria moderna do Direito dos Contratos: De que modo intervir no contrato para assegurar um equilíbrio razoável entre direitos e obrigações, ou entre prestação e contraprestação, mantendo intactas as relações de imbricação e condicionamento mútuo dos princípios? Por exemplo, como o Judiciário deve realizar uma intervenção, sem afetar a segurança das transações, que é pressuposta pelo princípio da boa-fé? Ou que critérios os juízes devem seguir para que as

a desaparecer, em consequência da alteração daquelas circunstâncias indispensáveis à economia do negócio, é absolutamente justificado, tanto à luz do princípio da justiça contratual como da boa-fé (ambos atuando aqui no mesmo sentido), que se proceda à sua revisão, com reequilíbrio das prestações ou, quando não for possível, com resolução do próprio contrato”. A admissibilidade do exame interno do contrato já é aceita e tem sido defendida com base na teoria da imprevisão e na teoria da base negocial, sobre as quais não vamos discorrer aqui (cf. *ibid.*, p. 237-247).

¹⁸⁰ Nesse sentido, Neto Lôbo ensina: “O discurso jurídico recupera, através do contratante débil, a relevância da desigualdade real das partes, para se restaurar a justiça comutativa, inadequadamente atendida pelo princípio da igualdade jurídica. (...) Seu objetivo é a proteção ou tutela legal do contratante débil por meio de mecanismos compensatórios” (LÔBO, 1991, p. 66).

¹⁸¹ Seguindo lições de Fernando Noronha, lembra Renata Mandelbaum: “Outro princípio que adquire relevo é o princípio da justiça contratual, buscando-se o restabelecimento do equilíbrio contratual, um efetivo equilíbrio entre os direitos e as obrigações” (MANDELBAUM, 1996, p. 244).

intervenções não sejam desmesuradas, de modo a atrofiar o desenvolvimento da autonomia privada? As tentativas de respostas a essas questões serão discutidas ao longo deste estudo.

Em suma, é característica da concepção moderna a tese de que a maioria das cláusulas abusivas ofende o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual, seja qual for o contrato em que elas se manifestem. Nesse aspecto, é-nos colocado nas mãos um importante instrumento para análise dos contratos padronizados e de adesão no âmbito do Direito Civil e Empresarial. Em tais contratos há um campo propício para a imposição de cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, caracterizando as chamadas *cláusulas abusivas*. São elas que este estudo visa examinar com profundidade, pois o Direito não pode minimizar a importância dessa situação de submissão ou sujeição do aderente e continuar a proceder como se se estivesse perante uma situação de normal aceitação. Por isso, aos contratos padronizados e de adesão será dada maior relevância no capítulo seguinte. Trata-se de um dos focos centrais do estudo que se realiza.

1.5 Os estágios doutrinários sobre o exame judicial dos contratos

Em resumo, este capítulo possibilita demarcar três estágios doutrinários em relação à admissibilidade de análise judicial dos contratos civis e empresariais: a) clássico; b) neoclássico ou de crise da concepção clássica; c) moderno.

A doutrina clássica “pura” não admitia o exame interno quanto ao conteúdo contratual, permitindo apenas as nulidades e anulações por questões externas, ligadas à ofensa ao dogma da vontade livre.

A fase de decadência da concepção clássica, que se poderia denominar de neoclássica, por estar bastante ligada ao dogma da vontade, admite a possibilidade de exame interno do conteúdo do contrato, quando há cláusulas potestativas e leoninas, no caso de lesão e, recentemente, por superveniente onerosidade excessiva, ou correção monetária. O fundamento para o exame judicial é encontrado geralmente no princípio da “boa-fé objetiva”. Assim, conservam-se os tênues elementos de limitação do uso desviado da liberdade contratual, uma vez que, ligados à boa-fé, estão ainda baseados nas vinculações morais de caráter geral próprias da concepção liberal, preocupados com a “pureza” das regras do tráfico negocial, sem uma fundamentação de caráter social (Wieacker). Ademais, mesmo ao controle das chamadas “condições” potestativas e leoninas não se procura dar uma fundamentação com base no princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual.

A concepção moderna advoga o exame interno, quanto ao conteúdo contratual, também para hipóteses de cláusulas abusivas em geral, admitindo a invalidação parcial do contrato e declaração judicial de nulidade dessas cláusulas. A fundamentação baseia-se, em especial, no princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual e, às vezes, também no princípio da boa-fé, quando o desequilíbrio está camuflado atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração exigidos por este princípio. No fundo, significa que é possível renovar a base de fundamentação do controle das cláusulas abusivas, a partir da conjugação dos princípios fundamentais do Direito dos Contratos.

CAPÍTULO II
PADRONIZAÇÃO E CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

2.1 Introdução

A primeira parte desse capítulo tem como objetivo caracterizar os contratos padronizados e de adesão e identificar a sua especificidade. Na nova dinâmica das relações negociais, o contrato padronizado e de adesão se expande cada vez mais, inclusive nas relações contratuais civis e empresariais. Mas, quais os motivos que conduzem à designação de uma especial atenção aos contratos padronizados e de adesão? O fato é que, dentro do contexto do contrato padronizado e de adesão, há um ambiente propício para a proliferação das cláusulas abusivas, constituindo-se no campo de eleição predileto dessas.

Assim, o segundo tópico deste capítulo procura uma fundamentação para o controle das cláusulas abusivas, tendo em vista que a extensão e efetiva aplicação do controle dessas cláusulas, fora do âmbito das relações de consumo, dependerá do fundamento que se der à sua existência.

Em seguida, faz-se uma rápida digressão sobre o abuso na contratação, com o intuito de estudar os fundamentos mais profundos para a contenção de cláusulas contratuais abusivas.

Adiante, se apresenta a concepção objetivista para a constatação do abuso, a qual possibilita distinguir o abuso de direito e ilícito (em sentido estrito). Nesse instante aproveita-se a distinção entre cláusulas abusivas e cláusulas ilícitas, para concluir que a noção de abuso de direito, em sentido objetivo, não é estranha à figura das cláusulas abusivas. Dessa forma, faz-se uma depuração do conceito de cláusulas abusivas, distinguindo-as de outras figuras. E, para encerrar, investiga-se o conceito de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, para conferir as especificações da narrativa legal, em especial, dos critérios legais da definição.

Na última parte, inicialmente, estuda-se o âmbito da proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC, através do conceito de relação de consumo, em especial verificando a extensão e o alcance das normas dos arts. 2º e 3º, para identificar quais as relações contratuais que estão diretamente protegidas por ele, sem necessidade de qualquer extensão conceitual.

A seguir, se dará ênfase ao problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, apontando alguns contratos onde aparecem situações críticas bem similares às do consumo, e para as quais não

há uma previsão legal específica, salvo as hipóteses em que se possa falar de pessoas equiparadas a consumidores, nos termos do art. 29 do CDC. Em seguida, levantam-se as questões para a análise das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, à luz do tratamento designado no CDC, do que requerem os princípios fundamentais do Direito dos Contratos e dos princípios constitucionais.

Finalmente, destaca uma dissonância do sistema jurídico: um descompasso perceptível pela falta de disposições para o controle de cláusulas abusivas do Direito Civil e Empresarial, em relação ao que seria necessário, considerando os princípios gerais dos contratos estabelecidos no Código de 2002, os princípios constitucionais, e também o próprio regime de proteção estabelecido pelo Direito do Consumidor.

Em consequência desse descompasso, esquadrinha-se a caracterização de uma incoerência na realização do projeto do Estado Social, na medida em que esse protege alguns vulneráveis, mas a outros tantos não oferece o mesmo tratamento. Se isso for comprovado, então se justifica a necessidade de buscar soluções mais razoáveis. Desse modo apresenta-se imperioso um exame judicial interno dos conteúdos contratuais para eventual nulificação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

2.2 Noções e características dos contratos padronizados e de adesão

2.2.1 Caracterização das novas vertentes contratuais

Dispensável se torna encarecer a importância de se realizar uma classificação adequada das novas vertentes contratuais, para o desenvolvimento dessa investigação. É mister fazer uso de categorias que traduzam da maneira mais nítida possível a realidade das transações modernas.

A clareza categorial expressada por Fernando Noronha¹⁸² permite apreender que os contextos de massificação contratual envolvem todos os âmbitos da contratação. Além disso, possibilita identificar pontos comuns entre todos os contratos regulados pelo Direito Privado, permitindo apurar semelhanças entre relações contratuais de consumo e não de consumo. Como, por exemplo, a crescente desigualdade de poder negocial e o aumento da vulnerabilidade dos mais fracos. Disso decorre maior funcionalidade para atingir os objetivos desse estudo.

¹⁸² Cf. NORONHA, 1991, p. 289 et seq. 2002, p. 216 et seq.

O autor aponta quatro novas vertentes que estão produzindo uma nova realidade contratual: a) contratos empresariais e não empresariais; b) contratos paritários e contratos padronizados e de adesão; c) contratos relacionais; d) criação de novos tipos contratuais. Aqui, serão enfatizados sinteticamente apenas alguns aspectos, relacionados a essas vertentes, que mais interessam para a compreensão do tema em estudo.

a) Contratos empresariais e não empresariais

Na primeira vertente, é dado um enfoque especial à crescente importância, sócio-econômica e também jurídica, que assumem os contratos que são do interesse das empresas (contratos de empresa, ou empresariais). Esses podem ser celebrados com outras empresas (contratos interempresariais), ou com pessoas (contratos unilateralmente empresariais). Dentro da categoria dos contratos unilateralmente empresariais se enquadram alguns tipos específicos como os de consumo, de trabalho e de fornecimento¹⁸³.

Nessa primeira classificação os contratos podem ser vistos *quanto às partes e sua desigualdade de força*¹⁸⁴, dividindo-se em:

1) Contratos de Empresa ou Empresariais: (a) contratos interempresariais, aqueles firmados entre empresas para a consecução de objetivos empresariais de ambas as partes, por exemplo, o contrato de *franchising*, distribuição ou concessão comercial, *factoring*, etc.; (b) contratos unilateralmente empresariais, aqueles que têm o escopo empresarial apenas de um lado, por exemplo, os contratos de consumo¹⁸⁵, e os contratos de fornecimento¹⁸⁶ quando não é empresário o fornecedor (como o que se realiza entre a indústria tabagista e produtores rurais).

¹⁸³ Cf. NORONHA, 2002, p. 216 et seq.

¹⁸⁴ Cf. NORONHA, p. 219 et seq. Renata Mandelbaum, ao estudar a relação entre contratos interempresariais e contratos de consumo, enfatiza que a classificação deveria ser entre contratos firmados entre partes iguais e contratos pactuados entre partes desiguais, na expressão de Orlando Gomes, ou entre partes fortes e fracas, como pensa Bulgarelli (cf. MANDELBAUM, 1996, p. 187-188). Porém, é importante realçar que a categoria dos “contratantes fracos”, mercedores de uma especial proteção jurídica, não pode ser composta apenas pelos consumidores, mas por todos os vulneráveis.

¹⁸⁵ Para fins desse estudo, são contratos de consumo aqueles que regulam “relações de consumo”, isto é, todos os contratos celebrados nas relações entre “fornecedores” e “consumidores”, para o “fornecimento de produtos e serviços”, conforme o Código, arts. 2º, 3º, 46 e 51.

¹⁸⁶ Segundo Fernando Noronha, “os *contratos de fornecimento* serão aqueles relativos ao provisionamento da empresa em matérias-primas ou outros produtos necessários ao seu processo de produção. Trata-se de contratos, esses, que podem ou não ser interempresariais, conforme tais produtos sejam ou não fornecidos por outras empresas — ou, pelo menos, por aquelas que tradicionalmente se chamam de ‘comerciais’, em contraposição às agro-pecuárias e às familiares, se quisermos conservar aqui essa antiga divisão, que, aliás se prolonga no Projeto de Código Civil”. Como observa o autor, os *contratos de fornecimento unilateralmente empresariais* “podem, para efeitos práticos, ser equiparados aos contratos de consumo, porque neles também teremos um contratante sem poder negocial” (NORONHA, 1991, p. 293).

2) Contratos não empresariais: são todos os que estiverem fora do âmbito das empresas, como o que se celebra, por exemplo, entre dois indivíduos singulares (contrato de locação entre particulares).

Todos podem ser padronizados e de adesão, alguns ainda podem ser “contratos relacionais”.

b) Contratos padronizados e de adesão

A segunda vertente, que já vem sendo estudada desde o início do século XX, é a que se revela pelo declínio do tradicional contrato paritário, com a ascensão dos contratos padronizados e de adesão. Sob esse ponto de vista, quanto ao *processo de formação do vínculo contratual*, a categoria dos contratos padronizados e de adesão associa duas classificações independentes, podendo ser divididos em: 1) Contratos de adesão e negociados; 2) Contratos padronizados e não padronizados¹⁸⁷.

Sobre o contrato de adesão é bom lembrar que o próprio Código de Defesa do Consumidor dá dele uma conceituação: é aquele, segundo o art. 54, “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. O § 1º acrescenta um complemento, dispondo que “a inserção de cláusula no formulário”, isto é, no contrato padronizado escrito de predisposição unilateral, “não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Como bem observa Fernando Noronha, é importante fazer uma distinção nesse conceito legal do art. 54, por ter ele misturado características dos contratos de adesão (“sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”) e dos contratos padronizados (“cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços”)¹⁸⁸.

A noção de contratos de adesão, entendida corretamente, não se identifica com a de contrato padronizado. Como assinala o mesmo autor:

a designação de contratos de adesão deveria ser reservada para aqueles contratos que têm por característica essencial a inexistência de negociações entre as partes, por o poder de uma delas ser de tal ordem que a contraparte não tem condições de discutir os termos que lhe são propostos, ficando-lhe

¹⁸⁷ NORONHA, 2002, p. 217.

¹⁸⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 232-233.

apenas a opção de “pegar ou largar”: ou celebra o contrato, nas condições propostas, ou fica sem contratar¹⁸⁹.

Para efeito desse estudo, seguindo essa lição, 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, também chamados de *contratos paritários*, ou de *livre discussão*.

No *contrato negociado* o conteúdo contratual resulta da livre discussão entre as partes intervenientes, porque elas têm igual possibilidade de fazerem valer as suas vontades e salvaguardarem os respectivos interesses. Através de concessões recíprocas, as partes obtêm um ponto de equilíbrio entre direitos e obrigações de uma e outra, enquanto no *contrato de adesão* uma das partes detém tanto poder que a contraparte não tem condições de discutir os termos em que o contrato lhe é proposto. Assim, essa classificação enfatiza o fenômeno do poder econômico de um dos contratantes.

A 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: são os que se celebram de acordo com modelos preestabelecidos, isto é, aqueles cujas cláusulas estão antecipadamente fixadas. Os contratos sem essas características são *não padronizados*, ou comuns¹⁹⁰.

Distinguem-se os contratos padronizados nas seguintes categorias: 1) verbais e escritos; 2) normativos, regulamentados, sob modelos comerciais e de predisposição unilateral.

Observe-se a primeira classificação. Os *contratos padronizados verbais* são aqueles celebrados consensualmente: embora subordinados a cláusulas gerais, essas são dadas a conhecer por avisos, anúncios no estabelecimento ou por algum meio de comunicação. *Contratos padronizados escritos*, ou *pré-redigidos*, são aqueles que se apresentam com as cláusulas já redigidas, às vezes remetendo a outros documentos, e os interessados se limitam a preencher os espaços em branco, assinando a seguir¹⁹¹.

¹⁸⁹ NORONHA, 2002, p. 233; cf. também NORONHA, 1991, p. 307-308.

¹⁹⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 224 et seq. A preferência por essa designação tem a sua razão de ser: “Aos contratos padronizados também se chama de *massificados* (ou *de massa*) e de *standardizados*: a segunda designação é mera recepção de vocabulário estrangeiro, que pode ser substituído com vantagem pelo termo ‘padronizado’; a primeira, aponta para o fato de serem tais contratos a forma típica da sociedade atual, massificada. A designação mais correta, todavia, é ainda a de contrato padronizado, porque ‘massificado’ sugere a intervenção sempre de consumidores, o que não é verdadeiro: são padronizados muitos contratos interempresariais, como é o caso, entre outros, dos modernos contratos de distribuição (ou concessão comercial), de *franchising* (ou franquia) e de *factoring* (ou de faturização)”. E adiante ensina: “‘Contrato padronizado’ é tradução de *standard form contract*, ou simplesmente *standard contract*, expressões anglo-americanas que também originaram a designação alemã de *Standard-vertrag* e a italiana de *contratto standard*” (NORONHA, 1991, p. 296).

¹⁹¹ Cf. NORONHA, 2002, p. 226.

A partir das situações típicas de surgimento dos contratos padronizados, Noronha faz uma segunda classificação dos contratos padronizados, distinguindo os normativos, os regulamentados, os sob modelos comerciais e os de predisposição unilateral.

Contratos padronizados normativos são aqueles em que os próprios contratantes estabelecem os termos pelos quais se regerão as futuras relações contratuais. O contrato padronizado normativo tanto pode ser *singular*, ou *individual*, como *contrato coletivo*, ou *convenção coletiva*, conforme a regulamentação dos contratos futuros seja estabelecida pelas próprias partes, ou pelas organizações das categorias interessadas¹⁹².

Noutra categoria estão os *contratos padronizados regulamentados*, ou *ditados*, que são aqueles que obedecem a um modelo contratual pré-determinado pela administração pública, ou por organismos responsáveis pela fiscalização. Outros são *contratos padronizados sob modelos comerciais*, ou seja, são aqueles firmados de acordo com um modelo que está disponível no mercado. Por fim, *contratos padronizados de predisposição unilateral*, são aqueles cujas cláusulas são elaboradas por uma das partes, precisamente pela “mais forte”¹⁹³.

É importante observar que há hipóteses de contratos padronizados que não serão de adesão, como aqueles regulados por prévio contrato normativo; por exemplo, quando as organizações das categorias interessadas tenham o mesmo poder negocial¹⁹⁴. Porém, mesmo nesse tipo de contrato é possível admitir uma parcela de adesão, pois, em geral, ele é “marcado pelas prerrogativas de poder inerentes a quem detém a propriedade dos meios de produção”¹⁹⁵.

Também não serão de adesão aqueles de modelo-padrão escolhido pelas partes, sem qualquer imposição de cláusulas; e, ainda, aqueles em que o poder econômico-jurídico do aderente seja equivalente ao do predisponente, podendo ele discutir as cláusulas predispostas e influir substancialmente no conteúdo do contrato¹⁹⁶.

Há também hipóteses de contratos de adesão não padronizados; por exemplo, quando a parte mais forte tenha poder de impor praticamente todos os termos do contrato, mesmo não estando esse reduzido a fórmulas padronizadas. Nesse caso, a parte mais fraca não tem poder de discutir e modificar as cláusulas ditadas no momento da celebração do contrato¹⁹⁷. No fundo, pode-se dizer, com Boaventura de Souza Santos, que o

¹⁹² Cf. NORONHA, 2002, p. 227 et seq.

¹⁹³ Cf. NORONHA, 2002, p. 227-229.

¹⁹⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 235.

¹⁹⁵ SANTOS, B., 2002, p. 295.

¹⁹⁶ Cf. NORONHA, 1991, p. 311-312, 2002, p. 235.

¹⁹⁷ Cf. NORONHA, 1991, p. 311-312, 2002, p. 235.

contrato “pode funcionar no modo de jaula-de-borracha ou no modo de jaula-de-ferro, conforme as partes tenham mais ou menos o mesmo poder ou, pelo contrário, tenham um poder muito desigual”¹⁹⁸.

Os contratos padronizados têm base *objetivista*: neles importa saber se o negócio celebrado obedeceu ou não a um modelo preestabelecido. 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. Assim, Noronha sugere que seria preferível fazer o estudo da contratação contemporânea a partir do contrato padronizado, considerando a fluidez da figura do contrato de adesão, “por sua base subjetivista”. Por outro lado, se daria maior amplitude e relevância às cláusulas gerais dos contratos¹⁹⁹.

Mas, o mais importante é observar que 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 contraparte não tem condições de discutir o conteúdo; e do contrato padronizado, “cujas cláusulas hajam sido predispostas pela outra parte”, isto é, aqueles “unilateralmente impostos por uma das partes à generalidade das pessoas interessadas em com ela contratarem”²⁰⁰.

As situações da vida real em que aparecem os contratos de adesão são em grande parte as mesmas em que proliferam os contratos padronizados. A expansão da padronização nas relações contratuais de consumo, assim como, mais recentemente, nas relações civis e empresariais, é simultaneamente acompanhada pelas

¹⁹⁸ SANTOS, B., 2002, p. 298. Sobre a desigualdade de poder negocial é ilustrativa a análise de Boaventura de Sousa Santos: “Na esteira dessa tradição, a *lex mercatoria* está hoje bem florescente na economia mundial, regulando as trocas comerciais com grande autonomia relativamente aos Estados-nação. A existência de um direito da troca, informal e não oficial, de há muito que fora estabelecida pela sociologia do direito, como se pode ver no estudo pioneiro de Stewart Macaulay (1963). O direito da troca é, em geral, muito informal, muito flexível e está perfeitamente sintonizado com os interesses e necessidades dos intervenientes e com as relações de poder entre eles. Pode funcionar no modo de jaula-de-borracha ou no modo de jaula-de-ferro, conforme as partes tenham mais ou menos o mesmo poder ou, pelo contrário, tenham um poder muito desigual. Enquanto direito informal, tem geralmente um baixo grau de burocracia e um elevado grau de retórica e de violência. Sempre que as assimetrias de poder entre as partes sejam especialmente grandes, a retórica e a violência podem convergir a ponto de se tornarem indistinguíveis” (SANTOS, B., 2002, p. 298).

¹⁹⁹ Cf. NORONHA, 2002, p. 235, 1991, p. 309, 312 et seq.

²⁰⁰ NORONHA, 2002, p. 235; cf. também NORONHA, 1991, p. 309. Outras classificações às vezes acabam verificando os mesmos problemas da nova realidade contratual. Carlos Alberto Bittar, por exemplo, em que pese considerar o contrato padronizado e de adesão como “contrato de adesão”, percebe que a maioria das grandes empresas oferecerá contratos com cláusulas praticamente idênticas, e as necessidades da vida exigirão a adesão. Tais contratos poderão assumir várias faces conservando as mesmas características. O autor elenca uma série de contratos que considera dessa natureza: 1) contratos de adesão no relacionamento pessoal; b) contratos de adesão no relacionamento empresarial: os contratos de massa; 3) contratos de alienação de bens; 4) contratos de uso e gozo de direitos sobre bens alheios; 5) contratos de prestação de serviços; 6) contratos de conteúdo especial; 7) contratos associativos; 8) contratos de transporte; 9) contratos bancários; 10) outros contratos (cf. BITTAR, 1990, p. 161 et seq.).

características do contrato de adesão. Por essas razões, Noronha sugere que é melhor enquadrá-los numa categoria unitária de “contratos padronizados e de adesão”²⁰¹.

Esses contratos padronizados e de adesão merecem atenção especial, principalmente pela crescente situação de “sujeição” da parte mais fraca e pela ampliação das possibilidades de imposição de cláusulas abusivas, seja ou não um contrato de consumo. Essa sujeição chega a caracterizar uma verdadeira *dependência* quando o contrato, além de ser padronizado e de adesão, é também “contrato relacional”²⁰².

c) Contratos relacionais

A última vertente que interessa a esse estudo é a dos chamados “contratos relacionais”, os quais vêm sendo estudados desde o último quartel do século XX. Ronaldo Porto Macedo Júnior, um dos grandes estudiosos do assunto, ao perquirir sobre as origens desses contratos assinala que, especialmente a partir da metade dos anos 1970, a combinação de inovação com especialização flexível trouxe importantes tendências no sentido da transformação da forma das relações contratuais. Uma das principais características dessa época é que “a grande mutabilidade da produção que envolve contínuas transações sobre pequenas quantidades de bens altera-se na velocidade do mercado”²⁰³.

Uma vez que a base da competição é a inovação, passam a ser necessárias contínuas transações entre vendedores e compradores, fornecedores e encarregados da contabilidade, engenheiros e operadores de engenharia, tendo em vista o produto e as inovações produtivas. Essas mudanças afetarão de maneira generalizada quase todos os tipos de relações contratuais modernas, fomentando relações duradouras baseadas na cooperação. Para regular essas novas transações, os produtores se valem dos “contratos de longa duração, ou contratos de duração”, os quais visam reger “uma série de transações descontínuas por um período superior a 3 anos (de 3 a 5 anos)”. Em paralelo com “os contratos abertos, que cobriam um conjunto de transações

²⁰¹ Vale insistir que a doutrina dominante utiliza apenas a expressão “contrato de adesão”. Aqui, nesse estudo, com a designação “contrato padronizado e de adesão, procura-se enfatizar que na verdade trata-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” (cf. NORONHA, 2002, p. 235.) Como explicado no capítulo I, item 3.2, nota 50, a falta de liberdade para definir o conteúdo contratual levou Raymond Saleilles a denominar a contratação em massa com a expressão “contrato de adesão”. Sobre a autoria dessa designação cf. RIPERT, 2002, p. 111 et seq.; cf. também MARQUES, 1998, p. 55.

²⁰² Cf. NORONHA, 2002, p. 218 e 246 et seq.; cf. MARQUES, 1998, p. 78; e cf. BITTAR, 1990, p. 171.

²⁰³ MACEDO JUNIOR, 1998, p. 125 et seq.

temporárias, descontínuas, em grande escala e em pequenos intervalos (ex. um mês), os contratos de longa duração regulamentam as transações constantes, em pequenos volumes e em intervalos temporais ainda menores”²⁰⁴.

Cláudia Lima Marques classifica-os numa categoria unitária nomeada *contratos cativos de longa duração*²⁰⁵. Segundo a autora, trata-se de uma variedade notada desde 1974, que o realismo norte-americano denominou de “relacionais” (*relational contracts*). É a noção de uma relação contratual contínua e duradoura, ao mesmo tempo em que modificável pelos usos e costumes desenvolvidos e pelas atuais necessidades das partes. Essa idéia se desenvolveu a partir da observação das relações “não-contratuais”, das projeções de troca dos empresários e sua organização em *networks*, as quais tinham como base antes a confiança, solidariedade e cooperação do que os vínculos contratuais expressos²⁰⁶.

Porém, se de início se observavam os vínculos de *cooperação e solidariedade*, na atualidade se verifica como característica mais forte desses contratos que os seus aderentes, seduzidos pela publicidade e ao longo dos anos de duração da relação contratual, tornam-se “cativos” e dependentes. Daí haver averbado a autora:

Essa fática submissão garante um ‘poder de imposição’ em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificação formalmente ‘bilaterais’ do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica ‘aceitação’ do co-contratante mais vulnerável²⁰⁷.

Segundo Fernando Noronha, na categoria dos “contratos relacionais” 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 francesa²⁰⁸.

²⁰⁴ MACEDO JUNIOR, 1998, p. 129. Uma das características mais destacadas pelo autor é que nesses contratos, “a divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre empresas no curso da performance contratual que as vincula. O lucro será agora menos o produto da barganha entre as partes e mais o produto de mútua *cooperação*, dentro de novos princípios de *solidariedade*” (MACEDO JUNIOR, 1998, p. 130). Contudo, justamente essa inclusão de aspectos solidarísticos como característicos dos contratos relacionais não é aceitável, conforme outros estudos sobre o assunto.

²⁰⁵ Cf. MARQUES, 1998, p. 68 et seq.

²⁰⁶ Cf. MARQUES, 1998, p. 71.

²⁰⁷ MARQUES, 1998, p. 78. Embora a autora demonstre-se mais preocupada com os “contratos *de consumo* de longa duração”, na expressão cunhada por Fernando Noronha (cf. NORONHA, 2002, p. 248), a análise é ilustrativa para perceber as mesmas características fora das relações de consumo.

²⁰⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 218 e p. 244 et seq.

Outros contratos relacionais 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 coligados”²⁰⁹. No âmbito das relações interempresariais, eles aparecem constantemente, por exemplo, nas compras e vendas internacionais (exportações e importações), realizadas através de crédito documentário, envolvendo bancos para a garantia do embarque e pagamento das mercadorias objeto da compra e venda²¹⁰.

Enunciadas essas novas vertentes caracterizadoras da atual realidade contratual, onde aparecem com destaque os chamados “contratos padronizados e de adesão”, não raro com as características de “subordinação” e até de “dependência” das partes fracas, agora se buscará esquadrihar como surgiram e se proliferaram, para apreender qual o pano de fundo que leva à sua disseminação. Depois disso, é importante conferir quais os espaços onde se fazem presentes, e porque são a forma preferida pelas empresas para a contratação moderna, não só nos contratos unilateralmente empresariais (como os contratos de consumo e alguns de fornecimento), mas também nos contratos interempresariais. A percepção dessa realidade, por si só, revela quanto abstrata é a disciplina do contrato no Código Civil.

2.2.2 Surgimento dos contratos padronizados e de adesão

Os contratos padronizados e de adesão constituem uma *manifestação jurídica da moderna vida econômica e social*²¹¹. A mudança do enfoque de propriedade e riqueza deixou para trás a economia agrária e valorizou a indústria. Com o crescimento dessa 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 ao aumento de poder; em outras palavras, o capitalismo monopolista cresceu e, além disso, surgiram os oligopólios, favorecendo a formulação de cláusulas contratuais uniformes. De outro lado, houve aumento da urbanização e surgimento da massificação social, ou seja, uma população que, para ser atendida, precisava da simplificação e intensificação do ritmo dos negócios.

²⁰⁹ NORONHA, 2002, p. 244 et seq.

²¹⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 246-247.

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 será utilizado para externalizar os custos, agravar os deveres da contraparte, transferir riscos, ônus, etc. e internalizar os benefícios, reduzir obrigações, economizar tempo e custos da contratação, etc.²¹². Um bom exemplo disso foi a crescente utilização de cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade nos contratos²¹³.

Entretanto, para efetivar-se desse modo, era evidente que as cláusulas não poderiam ser negociadas. Foi necessário deixar de lado o contrato paritário com cláusulas discutidas e, por necessidades da economia — questões de racionalidade econômica e redução de custos — iniciou-se, então, a contratação padronizada²¹⁴. Por um lado, o surgimento da padronização 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 clientes²¹⁵. Por outro lado, a padronização possibilitava adequar-se às exigências econômicas e sociais, compatíveis com a modernidade da

²¹¹ Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 257, p. 33-43, 1977. p. 33 e cf. também MONTEIRO, 1985, p. 339 et seq.

²¹² Entre outros cf. NORONHA, 2002, p. 213 et seq.; FONSECA, 1995, p. 52 et seq.; THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 12 et seq.; MANDELBAUM, 1996, p. 16-18; WALD, 1980, p. 257-266; BITTAR, 1989, p. 17-20.

²¹³ Cf. PRATA, 1985, p. 393; cf. MONTEIRO, 1985, p. 337-338.

²¹⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 225. Nesse aspecto Mota Pinto menciona: “Por um lado a predeterminação do regulamento contratual aumenta a fluência e a rapidez da conclusão dos contratos. Por outro a ‘standardização’ das condições contratuais é um meio de racionalização da atividade da empresa. Toda a unidade empresarial propõe-se como objetivo, em sistema capitalista, a maximização dos seus lucros e a consecução desse escopo pressupõe certos meios que são outras tantas metas parcelares e imediatas, a saber: a simplificação de serviços, a intensificação do ritmo produtivo, o aumento da capacidade de produção, a previsão da atividade futura, a diminuição dos custos, a utilização ótima da força de trabalho e dos restantes elementos de produção. Todos esses objetivos impõe a sujeição da empresa, em si e na dinâmica, a um processo de racionalização”. E continua: “As tendências organizatórias, em que esse processo se plasma, não se estendem apenas ao plano técnico, científico, econômico ou laboral. Não lhe poderão escapar também as relações jurídicas com terceiros, designadamente com os clientes. A uniformização das condições contratuais respectivas – a tipicidade ou ‘standardização’ dos contratos correspondentes – constitui a forma necessária da racionalização nesse domínio” (PINTO, 1977, p. 33).

²¹⁵ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 30.

economia de escala, produção em série, consumo em massa, pressa do agir dos sujeitos envolvidos nas transações, etc.²¹⁶.

Paulo Luiz Neto Lôbo, ao analisar as transformações sociais e econômicas ocorridas no século XX, que redundaram na massificação contratual e realização de negócios sob “condições gerais de contratação”, assinala com propriedade as razões principais:

a) a explosão demográfica, que em cinquenta anos fez crescer a população em níveis superiores aos dos últimos dois mil anos; b) a acelerada urbanização e suas demandas de serviços; c) o gigantismo empresarial e a concentração de capitais, privados ou estatais; d) o fornecimento de bens e serviços em grande escala; e) o consumo em massa; f) a racionalização e a redução dos riscos das empresas e com o consumidor final; g) a impossibilidade real de tratativas individuais entre o grande fornecedor e todos os que necessitam dos bens e serviços; h) a desigualdade de poder negocial (*bargain power*) entre a grande empresa e os que se encontram em estado de necessidade na demanda dos bens e serviços imprescindíveis à vida cotidiana ou de debilidade econômica; i) o uso disseminado da computação — que exige rígido formalismo — nas relações negociais; j) a utilização massiva de propaganda, nem sempre veraz, através dos modernos meios de comunicação, induzindo necessidade de consumo; l) a elevação da consciência jurídica no que se refere à tutela do consumidor²¹⁷.

Desse modo, a adoção de técnicas contratuais uniformes, com a pré-fixação de cláusulas contratuais gerais é inegavelmente funcional às complexas sociedades capitalistas. É uma exigência da “racionalidade formal” da gestão econômica, para aumentar o grau de *cálculo* tecnicamente possível e efetivamente aplicável, como diria Max Weber²¹⁸. Porque a velocidade das transações modernas exige um direito que funcione de maneira rápida e segura, um direito calculável segundo regras racionais. O sistema de contratação padronizada e de adesão possibilita atender a grande demanda de bens, serviços e atos comerciais, oportunizando a rápida conclusão dos negócios comerciais e simultaneamente permitindo agilidade, segurança, economia, previsão de riscos, etc., na circulação de bens.

²¹⁶ Cf. MACEDO, 1995, p. 104; cf. também MANDELBAUM, 1996, p. 126 e segs., cf. HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no código de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 76-95, abr./jun. 1993. p. 77-78. Josimar Santos da Rosa assinala como síntese das vantagens atribuídas ao contrato de adesão: a) racionalização; b) uniformidade no tratamento dos aderentes; c) redução de custos operacionais; d) controle do mercado (ROSA, Josimar Santos. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 53).

²¹⁷ LÔBO, 1991, p. 12.

²¹⁸ Weber denominou “racionalidade *formal* de uma gestão econômica, o grau de *cálculo* tecnicamente possível e que ela realmente aplica”. Como esclarece: “Uma gestão econômica é *formalmente* ‘racional’ na medida em que a ‘previdência’, essencial em toda economia racional, pode exprimir-se e de fato se exprime em considerações de caráter numérico e calculável” (WEBER, 1994, p. 52). Adiante, ensina: “A economia moderna baseia-se em oportunidades adquiridas por contratos. [...] os interesses das classes encontram-se, mais do que nunca, separados entre si; a velocidade das transações modernas exige um direito que funcione de maneira rápida e segura — isto é, que seja garantido por um poder coativo o mais forte possível — [...] O domínio universal da relação associativa de *mercado* exige, por um lado, um funcionamento do direito calculável segundo regras racionais [...]” (WEBER, 1994, p. 226-227).

Com efeito, atualmente, em decorrência da onda de alterações do cenário econômico globalizado, a contratação padronizada vem recebendo novos impulsos advindos da necessidade de criação de mecanismos para aumentar a rentabilidade e eficiência empresarial nesta fase “superior” do capitalismo, onde a concentração empresarial e a competitividade são características. Talvez essa seja uma das razões por que a prática da contratação padronizada começou com os trabalhadores²¹⁹ e consumidores, porém, paulatinamente, a massificação dos contratos alastrou-se para todos os âmbitos da contratação, inclusive entre empresas, com a adoção da pré-fixação unilateral e uniforme de cláusulas, muitas vezes com a utilização de “cláusulas contratuais gerais” estabelecidas para a generalidade dos seus clientes e fornecedores.

2.2.3 A concentração empresarial e as características da contratação moderna

a) As transformações e a importância da atividade empresarial

A absorção das mudanças ocorridas na contratação possibilita entender que “todo direito contratual associa-se de maneira íntima a uma determinada ordem de produção e de mercado”²²⁰. No entanto, na cultura jurídica dominante sobre o Direito Contratual é comum subestimar ou negligenciar a relevância das transformações econômicas ocorridas nesse século, particularmente em relação à organização da produção industrial e ao poder dos empresários. Por isso é necessário, antes de mais nada, pensar a ordem da produção e do mercado na qual se vai formando o novo Direito Contratual, pois as mudanças econômicas ocorridas durante o século XX, notadamente com o advento da produção em massa e, posteriormente, com o surgimento da especialização flexível e do “pós-fordismo”, introduziram novos elementos e exigências que desafiam antigos postulados e requerem a concepção de uma nova teoria contratual.

Em primeiro lugar, um dos traços mais evidentes da ordem da produção e do mercado no contexto econômico atual é a destacada relevância atribuída à atividade empresarial. Pode-se dizer, com Fernando Noronha que, “a atividade econômica é dominada pelas empresas privadas”²²¹. Essa é uma decorrência própria do sistema capitalista, assegurada na Constituição (cf. Constituição Federal, art. 173 e 175). A prática 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

²¹⁹ As empresas, antes de procederem à uniformização das suas relações contratuais com o mercado (relações externas), buscaram uniformizar as suas relações (internas) com os trabalhadores e operários, através dos “*règlements d’atelier*”, dos “*Arbeitsordnungen*”, dos “*regolamenti di fabbrica*” (cf. MONTEIRO, 1985, p. 340, nota 766).

²²⁰ MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 49.

econômico, mas também não é possível olvidar as implicações que têm na esfera política, como grupo social dominante.

Entretanto, se há algo realmente impressionante no cenário atual é o fato de o poder econômico e político da classe empresarial, além de ser cada vez maior, estar progressivamente mais concentrado nas mãos de poucas pessoas, devido ao crescimento do próprio capital e das inovações que a tecnologia torna de fato possíveis, mas somente aproveitáveis por alguns. Desse modo, cria-se um ciclo vicioso no qual “ao mesmo tempo que reduz o número de empresas existentes, aumenta o poder das que permanecem”. 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 existentes²²².

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 menos vinte deles encontram-se na linha dos segmentos “altamente concentrados”, escreve Brito Filomeno²²³.

Como resultante conexas 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 contratação²²⁴. Aos poucos, porém, 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

²²¹ Cf. NORONHA, 2002, p. 213 et seq.

²²² Cf. NORONHA, 2002, p. 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 8 maiores empresas transnacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de 6 dos mais poderosos Estados membros da União Européia. O volume de alguns desses negócios chega a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, como é o caso do Grupo General Motors (cf. 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.) Nesse sentido, Adriana Mandin Theodoro de Mello também assinala que, “no panorama econômico, o que se assiste é uma concentração crescente de grandes capitais em mãos de reduzidos grupos privados que reúnem poder de determinação de destinos econômicos de Estados e até de continente inteiros” (MELLO, A., 2001, p. 01).

²²³ Trata-se do resultado de uma pesquisa realizada pela economista Lúcia Helena Salgado, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), publicado por Joyce Russi na *Gazeta Mercantil* de 1º de janeiro de 1995, p. 3. O estudo utiliza como medidor da concentração setorial o índice Herfindhal-Hirschmann (HHI), que, de acordo com as diretrizes do Departamento de Justiça e da *Federal Trade Commission* (dos EUA), fornece os seguintes parâmetros: HHI abaixo de 1.000 indica indústrias desconcentradas; entre 1000 e 1.800, moderadamente concentradas; e acima de 1.800, altamente concentradas (cf. FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 69).

²²⁴ Paulo Neto Lôbo descreve que “o poder econômico empresarial escapa a um rígido enquadramento conceitual ou dogmático. É algo real, sentido, mas profundamente indócil a determinado regime jurídico. Os juristas foram obrigados a transcender amarras dogmáticas – anteriormente satisfatórias – para poder captar sua efetividade concreta” (LÔBO, 1991, p. 16).

Leopoldino da Fonseca²²⁵. Deu-se, então, o reconhecimento da tensão existente entre as cláusulas gerais de contratação e a idéia da liberdade contratual²²⁶.

Outrossim, uma das facetas da *prepotência* é identificada no âmbito da contratação. O fato é que a concentração crescente das empresas tem, como conseqüência, o aumento do poder daquelas que permanecem no mercado e, simultaneamente, uma elevação da capacidade de exercício da “dominação” contratual, isto é, aumenta a “probabilidade de encontrar obediência” para suas ordens. A permanência da macroempresa no mercado cria para os mais fracos “interesses materiais” e “racionais referentes a fins”, gerando aquele “mínimo de vontade de obedecer, isto é, de interesse (externo ou interno) na obediência”, que faz parte de toda relação de dominação, como diria Weber²²⁷.

Dessa realidade resulta mais fácil à macroempresa fazer valer as suas vontades através de predisposições unilaterais de cláusulas contratuais que reduzem as suas obrigações, ou agravam as dos aderentes, por meio de “cláusulas contratuais gerais”. Tanta é a “probabilidade de obediência” que o intervencionismo estatal, tal como designado pelo CDC, coloca o dirigismo contratual acima da “vontade das partes”, visando tutelar o contratante vulnerável, mesmo contra sua vontade. Por outro lado, se compreende porque, às vezes, a parte mais fraca questiona em juízo uma cláusula, mesmo quando tinha consciência do seu caráter abusivo, antes da assinatura do contrato; esse fato representa uma revolta contra a própria situação de dominação. É a revelação do desejo de expurgar a “vontade de obediência” estabelecida geralmente por aqueles motivos externos; dito de outro modo, significa uma tentativa de quebrar o vínculo de submissão ao poder do mais forte.

Logo, deflui dessas 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, tendo como contrapartes pessoas ou entidades desprovidas de poder econômico, ou

²²⁵ LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 58. Arruda Alvim menciona que Max Weber já fazia referência ao contrato, dentre outros, como instrumento de dominação. Na sua obra há referência à burocracia como fonte de dominação, e, em relação a esse aspecto modernamente enxerga-se nas grandes empresas um forte componente burocrático. O contrato padronizado e de adesão é útil, entre outros elementos, para o fortalecimento desse perfil. 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.)

²²⁶ Uma verificação desencadeada, no direito alemão, pelas pesquisas de Ludwig Raiser, realizadas 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” (cf. 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).

²²⁷ Cf. WEBER, 1994, p. 139.

com um poder substancialmente menor²²⁸. Se a macroempresa detém tal poder, então, na dimensão prática, a contratação poderá prosseguir sem obstáculos, por meio de estipulações uniformes oferecidas para a generalidade dos interessados, isto é, através de cláusulas contratuais gerais²²⁹. Esse assunto precisa ser estudado agora.

b) Cláusulas contratuais gerais e desigualdade de poder negocial

As *cláusulas contratuais gerais* ou *cláusulas gerais dos contratos*, como também são chamadas, adicionam elementos mais eficazes para a construção da “jaula-de-ferro” em que são colocados os contratantes de desigual força. Esse robustecimento deriva de suas próprias características.

Nelson Nery Júnior assinala como características das cláusulas contratuais gerais: *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, de que essa forma de contratação possa atingir sem distinção a todos que quiserem aderir às cláusulas gerais (*abstração*)²³⁰.

²²⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 217.

²²⁹ Fernando Noronha define as cláusulas contratuais gerais como sendo as “estipulações uniformes características dos contratos padronizados e oferecidas à generalidade das pessoas que desejem contratar com o ofertante”. Ensina também que, quanto à nomenclatura, as cláusulas gerais dos contratos são variáveis na doutrina, mas podem ser reconduzidas a três grupos: cláusulas gerais (de origem alemã), condições gerais (origem italiana) e cláusulas padronizadas (origem anglo-saxônica: *standard forms*). Além dessas, outros dos que preferem a expressão cláusulas padronizadas usam também a de cláusulas estandardizadas. É mais aceitável “cláusulas contratuais gerais”, ou “cláusulas gerais dos contratos”, pois a figura jurídica, *condição*, no Direito Civil brasileiro, tem significado próprio e específico de elemento acidental do negócio jurídico, que subordina sua eficácia a acontecimento futuro e incerto (conforme art. 121). Por isso, não é rigorosamente técnico falar-se em *condição* para significar *cláusula* (cf. NORONHA, 2002, p. 229 - 232).

²³⁰ Cf. 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. O CDC não possui norma especial para reger a inclusão de *cláusulas contratuais gerais* nos contratos de consumo. Isso se explica porque o § 3º do art. 51 autorizaria o controle prévio. Porém, com o veto, restou apenas, de maneira ampla, em relação à oferta, o art. 30: o direito a *informação* em geral, o direito de *tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato* (art. 46) (cf. MARQUES, 1998, p. 321 e segs.)

Essas características correspondem, em suma, àquelas que Orlando Gomes atribuía aos contratos de adesão: “a *uniformidade*, a *predeterminação* e a *rigidez* são traços que facilitam a identificação do contrato de adesão”²³¹; e as que Ripert identificou com o caráter de generalidade, permanência e rigidez²³².

No entanto, 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)²³³. Ademais, essas estipulações podem figurar no contrato padronizado, em que as partes se limitam a preencher os espaços em branco e assinar em seguida. Algumas vezes adquirem autonomia, especialmente nos contratos verbais, onde, no máximo, se dão a conhecer por recibo, nota fiscal, ou um bilhete. Ainda, pode ser que sejam redigidas e arquivadas em cartório de títulos e documentos, e os contratos padronizados e de adesão apenas fazem referência a elas²³⁴.

As cláusulas contratuais gerais com os caracteres acima definidos têm repercussões diretas na liberdade contratual dos aderentes. Por isso, se diz que, na atualidade, o aderente praticamente não tem escolha. Porque é reduzida a sua liberdade de contratar, em geral as condições são idênticas entre um predisponente e outro, de tal modo que escolher com quem contratar é insignificante nos resultados da avença²³⁵. E, precisamente, o aderente não tem liberdade contratual, porquanto não desfruta de participação na determinação do conteúdo do contrato.

²³¹ GOMES, 1991, p. 130.

²³² Cf. RIPERT, 2002, p. 112 e 116.

²³³ Cf. GALDINO, Valéria da Silva. *Cláusulas abusivas no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22.

²³⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 232. Dada a exigüidade do espaço, cita-se aqui apenas um exemplo típico dessa última situação. Observe-se a seguinte cláusula em contrato bancário, oferecido atualmente no mercado de maneira similar por todos os predisponentes e a todos os aderentes, inclusive empresas: “Cláusula 1ª - Pelo presente Contrato de Adesão o Banco do Brasil S. A. e suas subsidiárias aceitam a proposta do (s) Contratante (s) para os produtos adiante especificados, aos quais ele (s) declara (m) aderir expressamente e estar ciente (s) e de pleno acordo com as disposições contidas nos contratos específicos cujas cópias recebe (m) no ato da assinatura desse instrumento: ... VIII – CDC Automático limite _____ - CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO – CDC Automático, registrado no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos da cidade de Brasília (DF), sob o microfilme n. 297680, em 13.07.1998 e alterado pelos aditivos sob os microfilmes 340120, 355309 e 370680, em 18.10.1999, 22.03.2000 e 05.09.2000, respectivamente (adesão em _____);”. Efetivamente, fica a questão: quem terá acesso e reais possibilidades de ter plena consciência do que está assinando?

²³⁵ 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). Essa análise permite perceber que aquele a quem é proposto o contrato pode ser “constrangido”, mesmo sem que haja um “monopólio de direito”, por uma *armadura* que acaba produzindo uma espécie de “monopólio de fato”, (cf. GOMES, 1991, p. 131-132). Neto Lôbo lembra que, “certamente a desigualdade real não seria considerada pelo direito se a disparidade de poder econômico pudesse ser contrabalançada por amplas possibilidades de escolha” (LÔBO, 1991, p. 17).

Da não participação na formação do regulamento contratual e na previsão das cláusulas contratuais gerais a que adere, resulta objetivamente a desigualdade ou inferioridade do aderente, que tem, como consequência lógica, um papel passivo na execução do contrato. Trata-se de uma “desigualdade jurídica”, independente do equilíbrio de forças econômicas de quem se apresenta na relação contratual; ou seja, é desigualdade de poderes negociais ou “desigualdade de poderes contratuais”, como diz Paulo Luiz Neto Lôbo²³⁶.

Entretanto, como averbou com igual sabedoria o autor citado, o poder de predispor cláusulas contratuais gerais é um poder privado do predisponente, cujo exercício, associado ao poderio 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 identificado com o poder da igreja na Idade Média. Seja ele legítimo ou abusivo, de qualquer modo é um poder incontrastável²³⁷.

Efetivamente, tal poder não tem legitimidade, pois, como temos insistido, um exame mais detido da realidade das transações modernas revela que, em geral, uma das partes do contrato exerce a sua “liberdade contratual” por meio de cláusulas gerais predispostas que lhe são mais favoráveis; e, aproveitando-se do maior poder econômico, técnico e jurídico, consegue criar a “vontade de obediência”. Então, com muita frequência, ultrapassa a medida da razoabilidade e os limites imanentes que o direito estabelece para o exercício da liberdade contratual, atingindo a esfera da abusividade.

Essa tendência tem se mostrado mais forte em decorrência das recentes mudanças na ordem econômica mundial, pois as macroempresas curto-circuitam os territórios, por cima da soberania dos Estados, controlando a regulamentação da vida social e inclusive as políticas governamentais²³⁸. Hoje as decisões são

²³⁶ Cf. LÔBO, 1991, p. 64-65.

²³⁷ Cf. LÔBO, 1991, p. 16-17. Para Neto Lôbo, o poder de predisposição das “condições gerais da contratação”, como ele diz, é uma das formas de que se vale a empresa moderna como instrumento útil “para legislar pelo contrato em uma maneira substancialmente autoritária, sem usar a aparência de formas autoritárias”. Segundo ele, “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”. E completa: “As condições gerais da contratação são o instrumento mais agudo desse poder. Somente há poucas décadas, o direito vem despertando de um estado de distanciamento para discipliná-las de forma específica” (LÔBO, 1991, p. 17-18).

²³⁸ Como analisa Milton Santos, uma das principais consequências do processo de globalização da economia é o aumento do poder das macroempresas: “Os territórios nacionais se transformam num *espaço nacional da economia internacional* e os sistemas de engenharia mais modernos, criados em cada país, são mais bem utilizados por firmas transnacionais que pela própria sociedade nacional. Em tais condições, a noção de territorialidade é posta em xeque e não falta quem fale em desterritorialização [...], a globalização, visa conseguir a abertura indiscriminada dos mercados nacionais e assim a quebra da reserva de mercado, a desigualdade e a diminuição da soberania, também, a freqüente menção a um espaço sem fronteiras, e a um capitalismo sem fronteiras onde as empresas multinacionais curto-circuitam os Estados, exercendo [...] ‘gestão externa dos territórios’” (SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: espaço e tempo: razão e emoção*. 3. ed., São Paulo: Hucitec, 1999. p. 194-195). Em outra obra esse mesmo autor verifica que “é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto

tomadas pelo conjunto das empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todos os que desejem contratar, inclusive as demais pequenas e médias unidades empresariais.

Desse modo, como já abordado, os contratos padronizados e de adesão são utilizados como instrumento para resguardar unicamente os interesses do predisponente. E como toda forma de dominação procura “despertar e cultivar a crença na sua legitimidade”²³⁹, uma das maneiras encontradas para tanto foi buscar atribuir às cláusulas contratuais gerais o *status* de normas. Por isso, convém enfatizar que, quanto à natureza jurídica, os contratos padronizados, em que pesem suas peculiaridades²⁴⁰, estão submetidos à lei. Não se trata de uma “operação regulatória” como defendia a *tese normativista*, segundo a qual esses contratos assumem a categoria de *direito objetivo*, em decorrência das cláusulas gerais.

A licença para predispor cláusulas contratuais não gera um conteúdo com *status* de lei²⁴¹. Muito pelo contrário, pois ainda que fosse possível reconhecer um Direito da Economia, fora do Estado²⁴², certamente não seria aceitável uma autonomia somente dos empresários²⁴³. Se um conjunto de cláusulas contratuais elaboradas por especialistas das grandes empresas procura tornar-se *norma*, é justamente por causa dessa tentativa que decorrem razões fundamentais para *suspeitar dos acordos fáticos* e defender a suscetibilidade de crítica das pretensões de validade fixadas nas cláusulas contratuais. Pelo menos, é a postura que se espera do Estado, que reconhece a licença para predispor cláusulas contratuais, mas não como um genuíno “poder normativo do predisponente”.

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).

²³⁹ Max Weber evidencia com um brilhantismo peculiar: “Conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’” (WEBER, 1994, p. 139). Daí encontra-se o sentido de se atribuir tanto valor à assinatura do contrato. Como ensina Fernando Noronha: “A eficácia na vida real dos contratos padronizados escritos é potenciada pelo fato de se tender a atribuir um valor por assim dizer mágico à assinatura aposta, como se essa pudesse legitimar todas as cláusulas, mesmo quando quem assina não tem condições de conhecer o seu verdadeiro alcance” (NORONHA, 2002, p. 226). Mas, não se pode esquecer que a eficácia também é potenciada quando se subestima que possa haver submissão e sujeição mesmo com o pleno conhecimento quanto ao conteúdo do contrato, decorrente da “vontade de obediência”.

²⁴⁰ O contrato padronizado e de adesão, quanto à sua natureza jurídica, em que pesem suas peculiaridades, não há dúvida da qualificação como “contrato” (cf. GOMES, 1991, p. 134-138; MANDELBAUM, 1996, p. 135-141). Renata Mandelbaum divide as teorias que estudam a natureza jurídica dos “contratos de adesão” em: a) normativistas (teoria do poder normativo da empresa; e teoria do uso normativo); b) negociais (teoria da interpretação típica; da declaração típica; da pressuposição; da relação contratual fática; do comportamento social típico; do negócio de atuação) (cf. MANDELBAUM, 1996, p. 135).

²⁴¹ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 39; PRATA, 1985, p. 322.

²⁴² Como bem ensina Antônio Carlos Wolkmer: “Por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser essa ‘regulamentação jurídica’ da sociedade moderna por parte da ação monopolizadora do Estado, este não consegue erradicar e inviabilizar todo fenômeno da regulamentação informal proveniente de outros grupos sociais não-estatais” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 256). Entretanto, um alargamento societário de auto-regulação voluntária exige primeiro um aumento gradativo da organização societária, para poder fazer frente ao poder das macroempresas.

A percepção da crescente desigualdade de poder negocial e das intrínsecas possibilidades de abusos que podem dela emergir revela fortes motivos para uma reação do Estado, no sentido de buscar um equilíbrio nas relações contratuais. Se hoje o Estado se mostra impotente frente ao poder que tais empresas têm de produzir e impor privatisticamente suas “normas” — pela forma disseminada que assumem as cláusulas gerais de contratação e o respaldo jurídico conquistado — por seu turno, aos juristas e profissionais do Direito, em geral, surge a necessidade de pensar formas de evitar os efeitos funestos dessa nova realidade, nesse estágio de agravamento da exploração do homem pelo homem, do sistema capitalista. Para tanto, primeiramente cabe verificar qual a real dimensão ocupada pela vertente da contratação padronizada e de adesão, e as conseqüências dessa realidade.

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

a) A disseminação da padronização nos contratos civis e empresariais

Ainda existe a defesa doutrinária de que é característica da contratação as cláusulas serem livremente pactuadas²⁴⁴, mas 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 situação²⁴⁵, em todos os âmbitos da contratação privada.

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 não padronizada fica restrita às transações empresariais atípicas e às não empresariais, embora, mesmo no meio destas, seja cada vez mais comum o recurso a formas padronizadas, como ensina Fernando Noronha²⁴⁶.

²⁴³ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 39; PRATA, 1985, p. 322.

²⁴⁴ 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).

²⁴⁵ Cf. LISBOA, Roberto Senise. Princípios Gerais dos Contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 745, p. 27-40, 1997b. p. 37.

²⁴⁶ Fernando Noronha, analisando os contratos padronizados, conclui: “Nessas condições, não se admira que hoje em dia a forma de contratação característica das relações empresariais seja a padronizada. A não padronizada fica restrita às transações empresariais atípicas e às não empresariais, embora mesmo no âmbito dessas seja cada vez mais comum o recurso a formas padronizadas. Mesmo nas transações de reduzido valor (como as vendas no varejo), em que o empresário não corre riscos significativos, e que quase sempre são levadas a cabo através de

Segundo Leopoldino da Fonseca, o fenômeno denominado de *contratos pré-redigidos* não é peculiar e restrito ao Direito do Consumo. Também se encontra no contexto relacional de empresas e, especificamente, todas as vezes em que um contratador é suficientemente poderoso para impor cláusulas idênticas a toda uma série de contratantes²⁴⁷.

De maneira semelhante, Renata Mandelbaum verifica que as relações entre empresários, fora do consumo, podem “estar inseridas na questão das contratações por adesão em geral”²⁴⁸. 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”²⁴⁹. Nessas 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, etc²⁵⁰.

Roberto Senise Lisboa, em comentário sobre os direitos do autor e o CDC, revela que, nesse campo, está presente a contratação padronizada e de adesão, merecendo tratamento especial²⁵¹. Outro âmbito de proteção que merece a verificação das possibilidades de extensão da principiologia dos contratos de massa é o dos contratos agrários. Em todos é possível verificar a situação de vulnerabilidade²⁵².

contratos não escritos, as cláusulas gerais vão aparecendo com frequência crescente, representadas por avisos expostos em cartazes, ou impressos em notas fiscais, etc.” (NORONHA, 2002, p. 225; cf. também NORONHA, 1991, p. 298).

²⁴⁷ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 35. Porém, diferente da posição defendida neste estudo o autor considera: “Nos casos existentes entre empresas, será mais adequado o recurso à legislação comercial e antitruste (Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, que institui normas para a defesa da concorrência)” (*ibidem*).

²⁴⁸ MANDELBAUM, 1996, p. 156.

²⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.129.

²⁵⁰ Cf. COELHO, 1994, p. 130.

²⁵¹ Buscando ensinamentos de José da Silva Almeno de Sá, o autor lembra que “em Portugal são freqüentes os contratos formulários firmados através de convenções coletivas entre as associações que representam os interesses dos autores e dos editores. Os termos do negócio jurídico são fixados pela convenção, que, contudo, somente gera efeitos sobre os representados, dada a sua condição de filiados”. (SÁ, José da Silva Almeno de. “Liberdade no direito de autor: a caminho das condições gerais do contrato”, in *Num novo mundo do Direito de Autor?*. Lisboa: Cosmos, 1994, t.I.) E continua, “no entanto, caso a convenção venha a fixar alguma cláusula contrária ao sistema autoral vigente, haverá interesse na declaração de invalidade da norma, por parte de qualquer ente legitimado para a defesa dos interesses transindividuais, posto que incompatível com a lei de ordem pública” (LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. São Paulo: RT, 1997a. p. 480).

²⁵² Vários são os contratos agrários que podem ser padronizados e de adesão. Para o autor: “Dentre os contratos agrários, os que mais interessam ao presente tema são, indubitavelmente, os seguintes: a) os contratos de arrendamento agrário; b) os contratos agroindustriais, que possuem como escopo a venda de coisa futura contratada por empresário junto ao agricultor. O bem ajustado deverá ser semeado, cultivado e acondicionado segundo técnicas próprias tratadas no negócio jurídico em tela; c) os contratos de concessão de crédito agrário,

Enfim, muitos estudiosos — especialmente do Direito do Consumidor — observam essa situação. No entanto, ainda não há o estudo que merecem os contratos padronizados e de adesão fora das relações de consumo²⁵³. Vários contratos, tipicamente fora do âmbito das relações de consumo, obedecem a cláusulas gerais preestabelecidas e são consolidados sem qualquer discussão de seu conteúdo. Observa-se, em transações, a presença de contratos padronizados e de adesão em que ainda há um “destinatário final”, mas do outro lado não se caracteriza o fornecedor; o mesmo ocorre em muitos contratos unilateralmente empresariais, como é o caso dos contratos de fornecimento celebrados com produtores não empresários, bem assim os celebrados com empresários rurais e pequenos empresários; e também em diversos tipos de contratos interempresariais. Cabe investigar um pouco mais sobre esses contratos.

b) Alguns contratos civis e empresariais padronizados e de adesão e seus problemas

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. A fim de proteção dos consumidores também foi criada uma legislação especial. Entretanto, aos contratos de fornecimento, nos casos em que sejam unilateralmente empresariais e se apresentem como padronizados e de adesão, não há nenhuma tutela específica²⁵⁴. O Código Civil ainda trata o contrato como fenômeno monolítico, unitário e abstrato, nos moldes da concepção clássica. Por isso, convém lembrar as semelhanças dos contratos

para que se possa realizar o empreendimento típico do setor, mediante tomada de crédito de outrem; d)os contratos associativos de interesses coletivos ou contratos agrícolas em grupo. [...] É possível a elaboração prévia de contrato padronizado pela empresa, que é imposto ao agricultor interessado. [...] Nos contratos agrários em geral (parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa)”. Em todos há um nítido interesse social para a limitação do princípio da autonomia da vontade e protecionismo em prol do colono e do arrendatário, pondo-se de manifesto a necessidade de considerar iníqua ou perversa ao equilíbrio da equação contratual as cláusulas abusivas (cf. LISBOA, 1997a, p.447-448).

²⁵³ É mister analisar os contratos não de consumo que são padronizados e de adesão, para enquadrá-los na ordem de proteção que essa classificação exige na nova realidade contratual. Existem vários contratos modernos que utilizam a forma padronizada e de adesão, mas que são tratados como contratos comuns e negociais. Será importante apontar em quais contratos essa forma se manifesta, para didaticamente oportunizar a segurança na análise dos contratos modernos a fim de beneficiar a parte fraca. Como esclarece Waldírio Bulgarelli: “Nessa linha da visão conflituosa em tema de contrato, é que o *tipo* — antes visto com desconfiança perante o conceito — assumiu uma nova configuração como freio a certas imposições do poder negocial. A tipificação contratual (sobretudo do tipo aberto) impede a descaracterização do contrato de um tipo para outro, evitando assim, p. ex., que se passe de um tipo em que se protege a parte mais fraca para outro em que essa proteção não exista” (BULGARELLI, 1992. p. 100).

unilateralmente empresariais com os contratos de consumo, ou até com os contratos de trabalho: vulnerabilidade, desigualdade de poder negocial, etc., alguns chegando a caracterizar uma relação de “sujeição” e de “dependência”, como são alguns contratos relacionais ou outros unilateralmente empresariais.

Observe-se, 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 contratar²⁵⁵.

Ademais, nessas relações unilateralmente empresariais podem ser encontradas condições de dominação mais graves do que aquelas que ocorrem entre empresários e consumidores. São situações de similitude com os contratos de trabalho, em decorrência da vinculação e subordinação total aos interesses das macroempresas, de tal modo que a parte fraca encontra-se num nível elevado de vulnerabilidade, em vários aspectos: econômico e social, jurídico, técnico, psicológico²⁵⁶. Contudo, o Direito Civil não toma em consideração esses aspectos, fazendo simplesmente uma abstração de formas universais, como se todos os contratantes tivessem o mesmo poder negocial.

Os exemplos acima demonstram bem que, muito longe de servir apenas para viabilizar a troca de bens patrimoniais, muitos desses contratos são “instrumentos de realização existencial” de pequenos agricultores

²⁵⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 243.

²⁵⁵ Como diz o acórdão do Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em Recurso Especial sobre contrato de compra e venda de laranja celebrado entre um produtor de frutas cítricas (laranja) e a empresa Cargill Citrus Ltda. No relatório diz: “Afirmam que são hipossuficientes, do ponto de vista econômico, e que o contrato em discussão é tipicamente de adesão, não tendo havido, assim, sequer a opção de não contratar, já que o produto é perecível e as indústrias encontram-se organizadas em cartel”. O que se confirma no voto: “Na definição desse 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 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 março 2003.) Mesmo com os elogios de Ronaldo Porto Macedo quando menciona que “um exemplo bem-sucedido de incorporação de padrões relacionais de contratação ocorre na indústria cítrica do Estado de São Paulo, onde se constitui um padrão cooperativo relacional de contratação” (MACEDO JUNIOR, 1998, p. 138, cf. também nota 197), ainda que tenha se estabelecido o “contrato de participação”, está bem claro nesse acórdão que, entre outras coisas, a “vinculação dos preços da laranja à cotação do suco na Bolsa de Nova Iorque”, pode bem ter favorecido ainda mais as macroempresas. Nesse passo, a realidade contratual contesta os ditos aspectos de *solidariedade* dos contratos relacionais, a que se refere Macedo Jr.

²⁵⁶ Sobre as espécies de vulnerabilidade, cf. 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.

e criadores. Por isso, faz sentido entender que “o direito contratual deve encarar o mercado, não mais como uma fonte para a satisfação de certas preferências, consideradas indiscriminadamente, mas como um espaço para desenvolver o significado e o sentido da vida de cada pessoa”, como explica Teresa Negreiros²⁵⁷. Ao operador jurídico cabe a tarefa de lidar com diferenciações formuladas a partir de elementos externos à estrutura contratual abstratamente considerada.

Nessa perspectiva se revela a importância de buscar critérios de diferenciação com vistas a delimitar os grupos destinatários de proteção especial. Para a proteção da parte fraca é necessário a individualização de novas categorias de contratos e não apenas um “novo e oni-compreensivo fundamento axiológico”²⁵⁸. Merecedores das diferenciações referidas, especialmente quanto aos graus de vulnerabilidade, muitos outros contratos podem ser trazidos à baila. Em alguns contratos interempresariais também é marcante a utilização do modelo padronizado e de adesão. Como diz 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*)²⁵⁹. Esses são contratos em que o aderente, apesar de também ser empresa, continua figurando como parte vulnerável [...] ²⁶⁰

A mesma problemática é vista 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” (como 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

²⁵⁷ NEGREIROS, 2002, p. 295-296.

²⁵⁸ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 297-298.

²⁵⁹ É importante caracterizar brevemente esses contratos interempresariais:

“O contrato de distribuição, ou concessão comercial, liga o distribuidor ao fabricante, de quem aquele compra os produtos que vai revender na sua área, beneficiando de certas vantagens, como descontos especiais, mas também assumindo especiais obrigações, como a prestação de serviços após venda ou a exclusividade. Existe uma lei relativa à ‘concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre’: a Lei n. 6.729/79.

A franquia empresarial, ou *franchising*, consiste no licenciamento de uso de uma marca para o fornecimento de produtos ou para a prestação de serviços, sendo esse licenciamento acompanhado de assistência mercadológica, fornecimento de *know-how*, treinamento e outras formas de apoio. Esse contrato foi regulado pela Lei n. 8. 955/94.

A facturização, ou *factoring*, é a ‘venda do faturamento’, ou negociação de créditos, pela sua transferência para a empresa de *factoring*, que se incumbem de cobrá-los, assumindo o risco do seu não pagamento; no *convencional factoring* a empresa paga os créditos à vista, e no *maturity factoring* paga-os na data dos respectivos vencimentos” (NORONHA, 2002, p. 66, nota 27).

mínimos de capital e de organização, etc., dificultando uma reação da empresa de menor porte quando sofrer abusos, como no caso de “exigência de exclusividade” ou “submissão a certos parâmetros de ação”²⁶¹.

Na verdade, o autor se refere aos contratos que podem ser inseridos na vertente dos chamados “contratos relacionais”. Nesses contratos, que quase sempre são, simultaneamente, padronizados e de adesão, é ainda mais forte a relação de subordinação e sujeição a vínculos dependência do contratante mais fraco em relação ao mais forte, inclusive para a própria existência e viabilidade econômica daquele, no caso de pequenas empresas²⁶².

Nesse sentido, Adriana Mandin Theodoro de Mello assinala que, mesmo *comerciantes* vêm subjugadas as garantias e liberdades individuais ao poder econômico dos grandes conglomerados²⁶³; e, comentando sobre os contratos de distribuição, a autora destaca: “Os contratos de tal espécie, dentre os quais se encontram, a título de exemplo, a representação comercial e a concessão de venda, têm, em graus de intensidade diversos, as marcas do *interesse comum* e da *dependência econômica*”²⁶⁴.

Os contratos bancários²⁶⁵ 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 de 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”, pois com o fenômeno da “bancarização”, hoje, há uma submissão compulsória ao sistema bancário, de tal modo que, não raro, aqueles que estão fora das relações com os bancos estão à margem da própria sociedade, como assinala James Marins²⁶⁶.

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

²⁶⁰ NORONHA, 2002, p. 239.

²⁶¹ BITTAR, 1990, p. 170-171.

²⁶² Cf. NORONHA, p. 243. Como diz 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).

²⁶³ Segundo a autora: “O mesmo desequilíbrio que marca as relações entre empresas-consumidores se repete em intensidade diversa nos relacionamentos entre empresas em que há quase sempre um parceiro capaz de determinar a sorte dos negócios. Apesar da dominação econômica marcante, os contratos de distribuição apresentam significativos benefícios à ordem econômica e social” (MELLO, A., 2001, p. 03-04).

²⁶⁴ MELLO, A., 2001, p. 59.

²⁶⁵ Para Fábio Ulhoa Coelho o contrato bancário “é aquele em que deve intervir necessariamente, um banco”. O contrato bancário é utilizado no desenvolvimento de operações típicas, cuja matéria prima - do banco - e o produto que ele oferece ao mercado é o crédito. Como, por exemplo, o depósito bancário, o mútuo bancário, a aplicação financeira, o desconto bancário, etc. O contrato bancário também é utilizado em operações atípicas, como a cobrança de títulos e recebimento de tarifas e impostos, onde o banco age como prestador de serviços (cf. COELHO, 1994, p. 174-175).

financeiro, seja efetuando depósitos em banco, ou participando de fundos de investimento, ou ainda adquirindo ações com cotação em bolsa²⁶⁷. Igualmente nos contratos em que as microempresas buscam capital para investimento em bens de produção.

Assim, mesmo fora das relações contratuais de consumo, a “bancarização” 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 mercado²⁶⁸.

De maneira geral, pode-se dizer, com Mônica Y. Bierwagen, 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 contratual²⁶⁹.

Como se observa, a parte da doutrina mais afeita à exegese do CDC reconhece a disseminação do contrato padronizado e de adesão e o fim da liberdade contratual nas transações civis e comerciais. Contudo, paradoxalmente, essa nova realidade de submissão ao poder do mais forte em relações contratuais tipicamente fora do âmbito do consumo foi, quando muito, objeto de menção superficial pelos juristas e doutrinadores do Direito Civil e do Direito Comercial. Até se poderia dizer que “os manuais e tratados de Direito Civil e Comercial não fazem menção”, como enfaticamente assinalou Nelson Nery Júnior²⁷⁰. A não adequação da

²⁶⁶ Cf. MARINS DE SOUZA, James J. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 94-104, abr./jun. 1996. p. 100.

²⁶⁷ Cf. NORONHA, 2002, p. 243.

²⁶⁸ Dada essa realidade, James Marins enfatiza “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” (MARINS DE SOUZA, 1996, p. 102-103).

²⁶⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30-31.

²⁷⁰ Nesse sentido, segundo Nelson Nery: “indissociáveis do fenômeno da contratação em massa (contratos de adesão), essas cláusulas gerais dos contratos têm sido largamente utilizadas entre nós, em todos os setores da economia, como, v.g., nos contratos bancários, de seguros, de planos de saúde, de consórcios etc., mas praticamente ignoradas pelos nossos doutrinadores do Direito Civil e Comercial”. E completa em nota: “os manuais e tratados de Direito Civil e Comercial não fazem menção das cláusulas gerais dos contratos. O assunto tem sido pouco abordado entre nós, [...]” (NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 448). Essa é uma constatação antiga; sobre o assunto afirmava Mota Pinto: “Os contratos de adesão têm sido focados, e nem sempre o são, pela nossa doutrina em obras gerais, quase sempre com um mero alcance descritivo, de caracterização da figura. Descreve-se a figura, mas não se faz avultar com nitidez o perigo inerente a esse tipo de contratação ou reduz-se esse

regulamentação dos contratos civis e comerciais à nova realidade contratual não justifica que a doutrina continue impregnada pelas velhas concepções. Aliás, a doutrina pode tomar como exemplo a adequação que já ocorre em muitos países²⁷¹.

Para a materialização da proteção à parte contratante fraca, convém enfatizar que, em geral, nos contratos padronizados e de adesão civis e empresariais, similarmente ao que ocorre nos contratos de consumo, é possível verificar elevados graus de desigualdade de poder negocial e vulnerabilidade do contratante mais fraco. É claro que em diferentes intensidades, e por isso não se pode fazer abstrações, mas a vulnerabilidade está presente tanto em relação a sujeitos particulares quanto nas negociações entre empresas.

Ora, o Direito Contratual não pode desconsiderar essa situação, se foram justamente esses os problemas que conduziram o legislador a dar especial proteção aos consumidores no mercado²⁷². Uma vez verificada essa realidade de sujeição fora dos contratos de consumo, se o Direito não quer se comportar como arte de negar com método as realidades sociais, então não pode subestimá-la²⁷³.

O tratamento dos contratos padronizados e de adesão, segundo os mesmos princípios que regem o contrato paritário, no concernente ao controle do respectivo conteúdo, conduz a denegar qualquer proteção à parte mais fraca. As normas supletivas serão sistematicamente substituídas por iniciativa exclusiva de um dos sujeitos. Como diz Mota Pinto: “O equilíbrio razoável de interesses e a justiça comutativa são postergados, criam-se riscos, ônus, caducidades para o aderente, alijam-se obrigações de garantia, exclui-se ou limita-se a responsabilidade do lado do estipulante”²⁷⁴.

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, a

apenas à circunstância de o cliente não se aperceber da existência ou do alcance das cláusulas, subestimando a imposição de condições injustas ou inequitativas como um risco em si mesmo, independentemente do conhecimento do particular. Quando se vai mais além, não se concretizam os meios positivos dirigidos à proteção da parte mais fraca, não se dando, pois ao problema, no plano do direito constituído, qualquer posição especial relativamente aos problemas de *todos* os contratos” (PINTO, 1977, p. 37).

²⁷¹ A nosso ver, aquilo que Fábio Ulhoa Coelho dizia do antigo Código Civil ainda vale para o atual: “O legislador brasileiro, contudo, adequou à realidade econômica do capitalismo superior apenas a disciplina jurídica dos contratos de consumo, conservando os civis e comerciais sob o regime já ultrapassado das codificações liberais. Ao contrário da opção adotada pela legislação de outros países, que disciplinam as condições gerais de contrato independentemente da natureza da relação entre os contratantes, a brasileira incorporou os avanços jurídicos na matéria apenas no tocante aos negócios de consumo” (COELHO, 1994, p.129).

²⁷² Cf. NORONHA, 2002, p. 242.

²⁷³ Nas palavras de Mota Pinto, “o direito não pode minimizar essa 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”. (PINTO, 1977, p. 34).

²⁷⁴ PINTO, 1977, p. 37.

liberdade de fixação do conteúdo contratual significa a desproteção completa dos aderentes, diante dos perigos próprios desses contratos²⁷⁵.

2.3 As cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão

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

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 termos de contratação que lhes sejam mais favoráveis. Em geral, é aí que surgem as chamadas “cláusulas abusivas”.

Como define Fernando Noronha, abusivas são “as estipulações que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre direitos e obrigações de uma e outra parte”²⁷⁶. Ou seja, tais predisposições desequilibram significativamente a relação de equivalência entre direitos e obrigações de uma e outra parte, quando essa deva ser pressuposta, de acordo com o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual²⁷⁷.

Note-se que os contratos padronizados e de adesão possuem uma recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas. Essa conexão é levada ainda mais longe por alguns autores que denunciam como um dos específicos objetos dos contratos padronizados e de adesão o abuso do poder econômico²⁷⁸. Na verdade, as cláusulas abusivas não são exclusivas dos contratos padronizados e de adesão, mas estes contratos constituem o espaço privilegiado de seu surgimento e elas 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 abusivas²⁷⁹. Nesse sentido, é correto dizer que os contratos padronizados e de

²⁷⁵ Cf. PINTO, 1977, p. 37.

²⁷⁶ NORONHA, 2002, p. 66; cf. também NORONHA, 1991, p. 345 et seq.

²⁷⁷ Cf. NORONHA, 2002, p. 298.

²⁷⁸ Cf. PRATA, 1985, p. 320, nota 658.

²⁷⁹ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 32. Como explica Leopoldino: “A forma pela qual surgiram e se fixaram os contratos de adesão veio propiciar o surgimento de cláusulas por demais onerosas para o aderente. Como visto acima, destinadas a fortalecer a posição do empresário predisponente, trouxeram para a grande massa economicamente mais fraca mais um peso a suportar, decorrente do rompimento do *equilíbrio* que deveria existir entre as prestações no contrato”. E remata: “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

adesão são instrumentos de atuação do poder econômico das empresas, porque as cláusulas abusivas acompanham a proliferação da padronização.

Como bem observa Fernando Noronha, a figura jurídica das cláusulas abusivas está estreitamente associada ao fenômeno da generalização da padronização contratual. A sua criação é uma resposta jurídica a um problema econômico e social decorrente da *mass production* e da *mass distribution* (ou da *mass merchandising*)²⁸⁰. A cláusula abusiva é um dos efeitos perversos do progresso econômico das sociedades capitalistas.

Com a prática da contratação padronizada e de adesão, são flagrantes as desvantagens para os aderentes, principalmente em relação à sua liberdade e à justiça comutativa, pois, pela impossibilidade de rejeitar as condições impostas pelo proponente, essas novas categorias contratuais “facilitam o favorecimento contratual do empresário, agravando a posição da parte mais frágil”, como diz Paulo Heerdt²⁸¹. Este autor tem como certo que as cláusulas abusivas são próprias dos contratos conceituados pelo art. 54 do CDC como de adesão, “sendo inimagináveis naqueles em que a autonomia de vontade e liberdade de negociar são absolutos”²⁸². Por isso, o autor entende que o CDC deveria ter tratado antes o contrato de adesão e depois as cláusulas abusivas, justamente para estender a proteção a todos²⁸³.

Josimar Santos da Rosa também destaca que nas relações negociais concebidas a partir do “contrato de adesão”, como ele diz, “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”²⁸⁴. Segundo o autor, 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

decorrência de *caráter econômico*, justamente porque cria maior peso, maior ônus para o contratante fraco, e exonera cada vez mais o predisponente” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 110).

²⁸⁰ Mario Bessone evidenciou que o fenômeno da contratação padronizada é típico da dinâmica de uma sociedade de *mass production* e de *mass distribution*, tecnologicamente desenvolvida. A partir dessa constatação, assinala Fernando Noronha: “A figura jurídica da cláusula abusiva está estreitamente associada ao fenômeno da generalização da padronização contratual, que é característico de uma sociedade capitalista avançada, assente na *mass production* e na *mass distribuição*” (NORONHA, 1991, p. 299, 335 e 345; cf. também MANDELBAUM, 1996, 208).

²⁸¹ HEERDT, 1993, p. 78.

²⁸² HEERDT, 1993, p. 88. Como se sabe, dificilmente há liberdade absoluta, por isso afirma 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, 1997a, p. 223).

²⁸³ Enfatiza Paulo Heerdt: “A par disso, tratando-se de um diploma legal em que o aspecto pedagógico foi sobrelevado, poderia ter sido expresso em estabelecer que a proteção contratual se estende a todos, podendo os contratos de adesão ser tratados antes das cláusulas abusivas” (HEERDT, 1993, p. 88). Para o autor, “se encontram as cláusulas abusivas intimamente ligadas aos contratos de adesão” e sua proibição, cominando-as de nulidade de pleno direito, visa o equilíbrio do contrato, possibilitando maior controle judicial para repelir as cláusulas que gerem a desigualdade flagrante nos contratos (cf. HEERDT, 1993, p. 94).

²⁸⁴ ROSA, 1994, p. 66.

estrutura e desequilibrando o plano obrigacional, que deve, em princípio, 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 retificação²⁸⁵.

Além disso, cabe lembrar que não basta que o aderente tenha consciência de que determinada cláusula inserida no contrato é abusiva, porque mesmo quando a parte mais fraca certifica-se da presença do desequilíbrio no conteúdo contratual, ainda assim não tem a possibilidade de alterá-lo, porque o seu poder negocial é ineficaz para determinação do respectivo conteúdo.

Partindo dessas observações, pode-se dizer que estudar o problema das cláusulas abusivas implica, em última instância, analisar também os contratos padronizados e de adesão onde quer que eles apareçam. Há como que um vínculo de *parentesco* entre as duas instituições, pertencendo as cláusulas abusivas ao *núcleo* das denominadas “cláusulas contratuais gerais”, e sendo elas as que melhor evidenciam os perigos inerentes aos contratos padronizados e de adesão²⁸⁶.

São exemplos clássicos do desequilíbrio possível nos contratos padronizados e de adesão, em todos os âmbitos de contratação, aqueles advindos da inclusão de cláusulas não comutativas, como: de exclusão ou exoneração da responsabilidade do predisponente; de transferência de responsabilidade do disponente para outrem; de fixação de sanções indevidas ou desproporcionais, como perda de numerário, de direito, do bem, etc. Outrossim, nos contratos de *leasing* (arrendamento mercantil), as cláusulas que dispõem sobre o recebimento de parcelas vincendas, quando ocorra inadimplemento do arrendatário e reintegração do arrendante na posse do bem²⁸⁷. Em contratos de locações (residenciais e não residenciais), aquelas relativas à multa moratória em percentual elevado. Nos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, aquelas referentes à remuneração do empreendedor²⁸⁸. E de modo geral, em todos os contratos a estipulação de eleição de foro, dificultando o acesso ao Judiciário.

²⁸⁵ Cf. ROSA, 1994, p. 67.

²⁸⁶ Cf. MONTEIRO, 1985, p. 337-338.

²⁸⁷ Rodolfo Camargo Mancuso salienta que em contratos de *leasing* as cláusulas sobre valor residual garantido (VRG) poderiam sofrer contraste judicial, “tanto sob o enfoque constitucional (art. 5º, II) como perante o Código de Defesa do Consumidor, por representar um item potencialmente capaz de comprometer o equilíbrio contratual, ao onerar excessivamente uma das partes (CDC, art. 51, I, II, e III, *passim*)”. De maneira semelhante poderia sofrer contraste pelo CDC o contrato de *leasing* que não previsse cláusula de seguro, ou deixasse essa obrigação ao arrendatário, de modo que, por exemplo, a circulação do veículo automotor coloque em risco o patrimônio e a integridade física de terceiros (art. 8º a 10 do CDC) (cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 172-173.)

²⁸⁸ Após especificar os vários deveres impostos pelo CDC no seu art. 31, Cristiane Paulsen Gonzalez ressalta enfaticamente: “Os lojistas de *shopping*, tal como seus próprios consumidores, também estão expostos à prática prevista no art. 31, ou seja ‘a oferta e apresentação de produtos ou serviços’, só que com um agravante, praticamente não recebem do empreendedor, as informações determinadas, muito menos do modo disciplinado. Alguém duvida? Pois lançamos um desafio: é possível contar nos dedos o número de lojistas que têm

Em relação aos negócios bancários, ao crédito, aos financiamentos e obtenção de garantia mediante alienação fiduciária, seria muita pretensão querer falar das cláusulas abusivas neste espaço, mas só para lembrar menciona-se as cláusulas que cumulam juros, correção monetária, comissão de permanência, etc²⁸⁹. Também é muito comum a cláusula mandato, a que prevê a variação unilateral dos encargos, a que possibilita cancelamento unilateral do contrato ou alteração unilateral do seu conteúdo²⁹⁰. É freqüente a fixação clausular de falsos indexadores nos contratos bancários; no entanto, trata-se de cláusula abusiva aquela que determina indexadores que não representam a verdadeira perda de poder aquisitivo da moeda, visto que, além de corrigir, remuneram o dinheiro, sem que isso seja informado aos clientes, em desrespeito aos preceitos do CDC, assim como aos princípios da boa-fé e da justiça contratual, que são princípios gerais do Direito dos Contratos. São exemplos a utilização da TR (taxa referencial), da TBF (taxa básica financeira), da TJLP (taxa de juros de longo prazo), da Anbid e seus assemelhados CDI, Andima, CDB²⁹¹. E muitas outras cláusulas que não se pode apresentar aqui com detalhe.

Mais especificamente no âmbito interempresarial, nos contratos de distribuição, é conhecida a “cláusula que impõem aos distribuidores o compromisso de adquirirem uma quota mínima do produto, independentemente de haverem ou não conseguido escoar a quantidade anteriormente adquirida”²⁹².

conhecimento do campo minado que é a relação com o empreendedor, antes de sofrer as conseqüências dela provenientes” (GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de defesa do consumidor na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 150). “Uma delas diz respeito à forma de fixação da remuneração devida pelo lojista, qual seja, a parceria de um valor mínimo e um percentual sobre a receita bruta, vigorando o que for maior. Apesar de ser extremamente vantajoso, ao empreendedor, o critério da receita bruta, aquele que desconsidera todos os custos (deveras vultuosos), que vê apenas a parte boa, concentremos nossa atenção no limite mínimo” (GONZALEZ, 2003, p. 153). Adiante a autora demonstra que quando o lojista não atinge o limite mínimo, de qualquer forma terá que arcar com esse valor. Contudo, na maioria das vezes, a razão do fracasso se deve ao próprio empreendedor, que é o responsável pela promoção do empreendimento.

²⁸⁹ Segundo Márcio Mello Casado, é abusiva a *cumulação de comissão de permanência com multa* (conforme BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.549-6MG, 4ª Turma, j. 17.11.1994, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 07.08.1995, p. 23.042). No mesmo sentido, também é abusiva a *cumulação de permanência com correção monetária* (Súmula 30 do STJ, *in verbis*: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”). E até mesmo a própria cobrança de *comissão de permanência, em detrimento da correção monetária e dos juros legais*, constitui-se em abuso (conforme BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apel. Civil 413.456-5, 8ª Câ., rel. Juiz Costa de Oliveira, in RT 649/105; cf. CASADO, 2000, p. 165-166).

²⁹⁰ Cf. CASADO, 2000, p. 174 et seq.

²⁹¹ Os quatro últimos indexadores acima, por serem aferidos de forma cartelizada (apurados somente pelos bancos), são absolutamente nulos, tanto é assim que foi editado o enunciado 176 da Súmula do STJ, nos seguintes termos: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANDID/CETIP”, bem como pela hipótese do art. 115 do C.C, correspondente ao art. 122 do atual. Eles caracterizam a variação unilateral dos encargos (art. 51, X do CDC) (cf. CASADO, 2000, p. 160-162 e 175.) Fernando Noronha ensina que essas cláusulas são ilícitas (cf. NORONHA, 2002, p. 391).

²⁹² NORONHA, 1991, p. 346-347.

Os contratos padronizados e de adesão são o alvo das cláusulas abusivas, não só no Brasil: “Basta lembrar os *automobile dealers* norte-americanos, subjugados pelas *big corporations* fabricantes de veículos, através de *franchise agreements* padronizados e fortemente abusivos”²⁹³.

Tudo indica que foi em razão do nexos interno entre contratos padronizados e de adesão e suas possibilidades de imposição de cláusulas abusivas, devido ao espaço favorável encontrado pelo predisponente, que surgiu maior preocupação em rechaçá-las, tal como no âmbito do consumo. Se realmente for correta essa conexão entre os impulsos ou *motivos* que deram origem à proteção dos vulneráveis na área do consumo, então cabe indagar: o contrato padronizado e de adesão não se constitui num fundamento fático (socioeconômico) que permite verificar condições de similitude na situação dos consumidores, para que se proceda a extensão analógica do regime que coíbe as cláusulas abusivas aos contratos civis e empresariais? Talvez estejam nessas condições de similitude aquelas “notas decisivas” que o juízo analógico requer.

Entretanto, ainda que essa resposta fosse negativa, é possível encontrar outros fundamentos que abarcam todo o espectro de ocorrência das cláusulas abusivas, para além dos contratos padronizados e de adesão. Para melhor compreensão das razões de se controlar as cláusulas abusivas onde quer que elas surjam, será importante examinar uma interpretação da idéia de liberdade positiva na versão republicana, e as restrições ao direito de fixar o conteúdo contratual. A análise não será aprofundada, far-se-á uma rápida digressão sobre a prática do abuso na contratação, como instrumental para facilitar a compreensão das possibilidades de extensão do controle das cláusulas abusivas.

2.3.2 As cláusulas abusivas e a ofensa aos princípios fundamentais dos contratos

a) Pressupostos da concepção de abuso na contratação

A delimitação da fronteira entre o uso e o abuso da liberdade contratual é uma das tarefas mais complexas da teoria do Direito Contratual. Os limites estão espalhados no ordenamento, inclusive como consequência da subordinação da liberdade contratual à legalidade constitucional, e por isso não se encontram apenas no Direito dos Contratos. O problema é que a doutrina sequer leva às últimas consequências os próprios

²⁹³ NORONHA, 1991, p. 346-347.

parâmetros que os princípios gerais dos contratos estabelecem para o controle do comportamento dos contratantes e da substância do contrato.

O *abuso na contratação*, de modo restrito, ocorre quando se dá o uso da liberdade contratual de forma excessiva e desproporcional ao do afetado, em ofensa ao princípio da autonomia privada da contraparte; ou quando há o desvio de outras finalidades delineadas, em ofensa ao princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual, e/ou ao princípio da boa-fé, podendo dar-se mediante omissão ou ato comissivo, independentemente da vontade do agente. Esse sentido se coaduna com a doutrina que designa a ocorrência do abuso de direito quando se faz, de um dado direito, uso excessivo e *desproporcional ao do afetado*, ou quando se lhe dá uso indevido ou em *desacordo com a sua função social*²⁹⁴. De qualquer modo ultrapassam-se os limites dentro dos quais o direito pode ser exercido, ferindo ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição. Porém é mister verificar o pano de fundo dessa idéia.

O abuso do direito só é possível num sistema de direitos subjetivos “relativos”²⁹⁵, no sentido de que o âmbito de uma determinada liberdade subjetiva de ação nasce delimitado, intrinsecamente, ou é passível de restrição no caso concreto, por determinados princípios fundamentais reconhecidos, implícita ou explicitamente, pelo direito objetivo. Compreende-se que seja assim quando se percebe que há um nexo interno entre o direito subjetivo e o direito objetivo, formado pela co-origem. A associação de cidadãos no Estado se dá pelo reconhecimento intersubjetivo de direitos iguais para todos, e a partir daí os direitos subjetivos são reclamáveis juridicamente²⁹⁶.

²⁹⁴ Vale lembrar que a *função social dos contratos* engloba não só a submissão da liberdade contratual aos “valores maiores da sociedade, supracontratuais”, como também àqueles do âmbito “estritamente contratual (ou *intracontratual*). Significa que as partes estão adstritas a cooperarem, para que, na realização dos seus interesses, sejam respeitados os recíprocos interesses da outra (ou das outras) e ainda para que, transcendendo a esfera dos interesses das partes intervenientes, não sejam afetados valores maiores da sociedade. No mais ainda, é mister destacar que, para ambas as hipóteses, “a sanção para o desrespeito pela função social há de ser procurada no âmbito do instituto do abuso de direito” (NORONHA, 2002, 190-192). No texto, optamos por destacar os critérios que podem ser encontrados nos princípios da boa-fé e da justiça contratual para aferir a ofensa à função social, na dimensão dos valores *intracontratuais* que ela visa assegurar, mas sabendo que a função social não se resume a esses critérios, pois é corolário de princípios constitucionais como o da função social da propriedade, o da solidariedade ou outro, conforme se verá adiante no capítulo 4.

²⁹⁵ Segundo Everaldo da Cunha Luna, “a relatividade dos direitos subjetivos origina o *abuso de direito*” (LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 42).

²⁹⁶ Segundo Habermas, “os direitos subjetivos apóiam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos do direito que cooperam” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 120). Dessa maneira, o “reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis juridicamente. Nesse sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois esse resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 121). Adiante assinala: “Todavia, o republicanismo vem ao encontro desse conceito de direito, uma vez que valoriza tanto a integridade do indivíduo e de suas liberdades subjetivas, como a integridade da sociedade na qual os particulares podem reconhecer-se, ao mesmo tempo, como indivíduos e como membros”. Para tanto, “a autorização do direito privado para a persecução de fins privados, livremente escolhidos, obriga simultaneamente a manutenção dos limites do agir estratégico, no interesse simétrico de todos” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 335-337). Assim, Luiz Edson Fachin tem razão ao

Assim, entende-se que, no seu nascedouro, não há uma relação de subordinação do direito subjetivo ao objetivo, o que evita menosprezar a autonomia privada, que é fundamental para o reconhecimento intersubjetivo na formação do direito legítimo. Mas, na medida em que, no uso de sua *autonomia privada*, os sujeitos jurídicos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente; e, no uso de sua *autonomia política*, criam o direito legítimo *para compatibilizar os direitos de cada um com os iguais direitos de todos*, só é possível compreender a maior amplitude possível de *iguais* liberdades de ação subjetivas dentro desse âmbito de compatibilidade estabelecido²⁹⁷.

A partir desse consenso mútuo, o poder do Estado é criado para assumir o monopólio da coação, de acordo com o direito legítimo. Incumbe-lhe o dever de manter a distribuição eqüitativa das liberdades subjetivas de ação reconhecidas (para que os indivíduos possam efetivar livremente o reconhecimento intersubjetivo de direitos — fazer contratos, por exemplo) e assegurar que o seu exercício seja *compatível com os iguais direitos de todos*. Ou seja, cabe ao Estado garantir que o uso de uma liberdade subjetiva esteja de acordo com as finalidades programadas no Direito reconhecido (para “a manutenção dos limites do agir estratégico, no interesse simétrico de todos”). Aqueles que, ao utilizarem uma liberdade subjetiva de ação, saírem dessas direções, projetadas legitimamente para todos os integrantes do Estado, cometem abuso de direito e deverão ser corrigidos.

Desse modo, no âmbito da contratação, o exercício da liberdade contratual não é absoluto²⁹⁸, no sentido de que cada um possa fazer dela o que quiser, no limite que lhe puder imprimir, de acordo com o seu poder econômico, técnico, jurídico, etc²⁹⁹. Desde sua origem como *direito*, fruto do reconhecimento

afirmar: “Salientam-se aspectos que dão lugar aos limites da autonomia privada, como conseqüência da supremacia dos interesses sociais. Nesse sentido, basta que a lei contenha a previsão da autonomia contratual para que essa possa ser considerada como ‘naturalmente’ limitada por aqueles interesses” (FACHIN, 2000, p. 315).

²⁹⁷ Cf. HABERMAS, 1997, v. 1, p. 159-160. Noutra visão, conforme concebe Luigi Ferrajoli, “aqueles atos nos quais se desenvolve minha autonomia privada, produzem sempre efeitos jurídicos obrigatórios, para meu eu/ou para os outros” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2001b. p. 103). Por isso, o autor prefere caracterizar distintamente *direitos* (primários) *de liberdade* e os *direitos* (secundários) *de autonomia*, e afirma: “Os direitos (secundários) de autonomia, sejam direitos civis (ou de autonomia privada) ou direitos políticos (ou de autonomia política), enquanto poderes cujo exercício produzem efeitos sobre as genéricas liberdades negativas e positivas, estão por outro lado destinados a entrar em conflito em caso de que não sejam juridicamente limitados e disciplinados” (FERRAJOLI, 2001a, p. 307-308).

²⁹⁸ Kelsen já havia destacado: “Na verdade, ninguém pode conceder-se direitos a si próprio, pois o direito de um apenas existe sob o pressuposto do dever de outro, e uma tal conexão jurídica, de acordo com a ordem jurídica objetiva, apenas pode constituir-se, no domínio do direito privado, em regra, através da manifestação concordante da vontade de dois indivíduos. E isto também somente na medida em que o contrato é assumido pelo Direito objetivo como fator criador de Direito, de tal forma que a regulamentação jurídica, em última análise, resulta precisamente desse Direito objetivo e não do sujeito jurídico que lhe está subordinado. Sendo assim, também no direito privado não existe qualquer autonomia plena” (KELSEN, 2000, p. 190).

²⁹⁹ Ensina Paulo Dourado de Gusmão: “O direito, como meio de estabelecer o equilíbrio histórico dos interesses, não pode conceder a uns um poder ilimitado diante da situação econômica precária da outra parte, ou de modo a

intersubjetivo originário, a liberdade contratual nasce conectada a satisfazer, *em um só ato*: os interesses individuais (mas que dizem respeito a ambos os contratantes, por isso exige reconhecimento recíproco da autonomia privada), a função social, o equilíbrio contratual, a boa-fé. Daí em diante, a contratação privada terá que se desenvolver coerentemente com esse projeto originário. A autonomia privada contratual terá que estar sempre submissa a esses limites de múltiplas facetas originariamente reconhecidos por todos os envolvidos, e implícita ou explicitamente estabelecidos no Direito objetivo.

Por seu turno, o Direito estabelece tais parâmetros gerais (e internos) à liberdade contratual³⁰⁰, às vezes mais detalhadamente, como ocorre na narrativa das cláusulas abusivas no CDC, justamente para permitir que sejam atingidas aquelas diretrizes iniciais³⁰¹. O estabelecimento de um regime de controle de cláusulas abusivas tem como objetivo promover a igualdade através da lei, para que entre as partes de um contrato haja o *reconhecimento intersubjetivo de direitos* e não simplesmente a validade das cláusulas pela força da facticidade. O regime de nulidade visa a assegurar que apenas são válidas as cláusulas que conseguirem sustentar-se em motivos legítimos.

Nessa perspectiva, nem sempre se autoriza o Estado a realizar, *a priori*³⁰², uma fiscalização do cumprimento àqueles requisitos exigidos pelo Direito; em princípio, deixa-se às pessoas a tarefa de se entenderem sobre a melhor forma de conciliar seus interesses, na expectativa de que haja uma realização coerente do projeto fixado pela organização social para a liberdade, a ordem, a solidariedade, a justiça, etc. Mas, por outro lado, por não subestimar as possibilidades de imposição dos mais fortes, e por reconhecer que a facticidade impera sobre a legitimidade das cláusulas, o Direito reserva ao Estado o poder de verificação, *a*

sacrificar os interesses supremos da coletividade”. Entre os vários modos de explicar a relação entre direito subjetivo e direito objetivo, segundo o autor, o homem, em sociedade, ao satisfazer os seus interesses, não pode prejudicar os da comunidade (cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Abuso do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 118, p. 359-371, ago. 1948. p. 361).

³⁰⁰ A idéia de liberdade positiva deriva diretamente da Constituição e serve para todo o âmbito do Direito Privado (cf. CASADO, 2000, p. 20 e 24).

³⁰¹ Como afirma Márcio Mello Casado: “A Constituição de um Estado deve estar preocupada, também, em criar situações que contribuam para o seu fim maior”. Nesse sentido, a inconformidade com a realidade recebida conduz à tentativa de coibir as cláusulas abusivas, em busca de uma verdadeira igualdade através da lei, com o objetivo de atingir as diretrizes iniciais, cujo objeto principal é a promoção da justiça social, especificamente favorecendo os vulneráveis (cf. CASADO, 2000, p. 23).

³⁰² Em contextos em que há maior suspeita de imposição do mais forte, o regime jurídico brasileiro vem abrindo caminhos cada vez maiores para um controle administrativo preventivo das estipulações contratuais; porém essa forma, louvável, tem recebido críticas, principalmente por acusações de que representa um excessivo intervencionismo do Estado nas relações privadas e por que, além de sua criação e funcionamento acarretarem despesas públicas, acabam por emperrar os negócios (cf. HEERDT, 1993, p. 87). Importante ressaltar que, mesmo havendo controle *a priori*, isso não impede que uma cláusula aprovada pelo Poder Público venha a ser rejeitada posteriormente pela jurisprudência majoritária dos tribunais (*idem*, p. 94). Para um estudo dos sistemas de controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo, cf. NORONHA, 2002, p. 354-366; MARQUES, 1998, p. 548-573; GALDINO, 2001, p. 139-150; LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 193-215; e

posteriori, do conteúdo contratual consolidado, em benefício daqueles que se sentirem prejudicados³⁰³. As cláusulas que se revelarem problemáticas só serão reconhecidas como válidas pelo juiz quando puderem ser redimidas através de razões ou argumentos plausíveis, de acordo com o Direito vigente.

Outrossim, perante o Estado, não vale mais a velha máxima do “*pacta sunt servanda*”. Há apenas uma “relatividade” da força vinculativa das cláusulas contratuais (em especial nos contratos padronizados e de adesão), enquanto não se verifique concretamente - e posteriormente ao consenso contratual - o cumprimento de tripla perspectiva: a) de ter se mantido coerente a distribuição equitativa de liberdade subjetiva de ação no momento da fixação das cláusulas (coerência da autonomia privada com a igualdade de oportunidades ou justiça formal); b) de ter havido a utilização da liberdade contratual dentro da função social (art. 421 do C.C.), isto é, de acordo com os parâmetros e finalidades sociais a que se destina, de acordo com o Direito na sua totalidade; e c) no plano intracontratual, de terem sido atendidos, em especial, os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé.

Essas três perspectivas assinaladas, quando, inversamente, não tenham sido cumpridas por qualquer razão, levantam suspeitas e fundamentos suficientes para permitirem às pessoas que se sentirem prejudicadas numa determinada relação contratual, ou aos legalmente legitimados, recorrerem ao Estado, para que este, através do Judiciário, realize um juízo de validade do contrato, de tal modo que se examine não apenas o processo de formação e de manifestação da vontade geradora do vínculo contratual, mas igualmente se verifique o efetivo resultado produzido pelo acordo de vontades, através de uma análise *objetiva* do conteúdo do contrato avençado. Ou seja, para que o fórum legítimo de controle verifique o ato aparentemente jurídico, mas que pode ter sido levado a efeito sem a devida regularidade, ocasionando um resultado tido como antijurídico e, sendo assim, necessite ser recolocado dentro dos parâmetros estabelecidos pelos princípios³⁰⁴.

No primeiro aspecto, compreende-se que é indicativo do abuso na contratação, o “uso excessivo e desproporcional ao do afetado”, quando aquele que utiliza a autonomia privada contratual atenta contra a autonomia privada da contraparte, isto é, sem reconhecer a igualdade de oportunidade à outra parte, reduzindo drasticamente a liberdade contratual desta a um mínimo. Sem respeito à liberdade da contraparte não há

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 107-133.

³⁰³ Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, segundo Efing, “sentindo-se uma das partes contratantes lesada no processo de formação, celebração ou cumprimento do contrato firmado, tem o direito constitucional garantido de obter do Poder Judiciário a apreciação de seu problema” (EFING, 2002, v. 1, p. 14). No âmbito do Direito do Consumidor, ainda, abre-se maior possibilidade de controle judicial, com o alargamento dos legitimados a propor ação, inclusive permitindo a ação civil pública (cf. HEERDT, 1993, p. 87).

³⁰⁴ Um exemplo é a nulidade das cláusulas desproporcionais. Entre as bases legais cf. art. 184 do C.C., art. 6º, V, e art. 51, § 2º do CDC.

igualdade de poder negocial, que é condição para firmar acordo. Disso só pode resultar um pseudo-acordo³⁰⁵. Esse desrespeito à igualdade de oportunidades, para fixar os termos contratuais, deverá servir para quebrar a presunção de equilíbrio das cláusulas estipuladas.

De outro lado, no segundo aspecto, a inclinação ao abuso na contratação se revela, quando aquele que utiliza a autonomia privada contratual não atende à função social, aos parâmetros e finalidades sociais vinculados a este princípio³⁰⁶. Por fim, caracteriza-se efetivamente a cláusula abusiva, quando ocorre o atentado contra o equilíbrio contratual e/ou a boa-fé. Esse assunto precisa ser estudado melhor a seguir.

b) Os princípios caracterizadores das cláusulas abusivas

No tópico anterior vimos como surge a noção de abuso na contratação. Agora importa, para a perfeita caracterização das cláusulas abusivas, examinar em que sentido os princípios contribuem para estabelecer limites ao direito de determinar o conteúdo contratual.

A integridade do princípio da autonomia privada impõe idêntica liberdade para ambos os contratantes: a *universalização efetiva* do igual direito à liberdade contratual. Porque um princípio só existe quando é válido igualmente para todos. Será que haverá, nessa exigência, alguma noção de limite que permita facilitar o controle das cláusulas abusivas? Ora, o *uso excessivo* da liberdade contratual por uma das partes pode ofender diretamente a autonomia privada da contraparte e impossibilitar o reconhecimento intersubjetivo de direitos entre os envolvidos na contratação. A efetividade do princípio da autonomia privada exige a limitação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas. Em outras palavras, requer a

³⁰⁵ Para Habermas: “Um ajuste segundo norma entre interesses particulares, é chamado um acordo, se ocorrer sob condições de equilíbrio de poder entre as partes envolvidas”. No entanto, é próprio da concepção liberal a pressuposição de equilíbrio de poder entre pessoas privadas, o que torna desnecessário que os acordos sobre os “interesses não generalizáveis” ocorram efetivamente entre as partes envolvidas. Na verdade, trata-se de *pseudo-acordos* como forma de legitimação do exercício do poder dos mais fortes (cf. HABERMAS, 1999, p. 141 et seq.).

³⁰⁶ Essa concepção, mesmo com outra interpretação, não destoa da doutrina que define: “Trata-se o abuso de direito de exercício inadmissível de direito subjetivo, ante o excesso (imoderação) ou a irregularidade (descumprimento da função social do Direito) cometida pelo titular, prejudicial a outrem” (LISBOA, 1997a, p. 218).

efetivação coerente de um princípio básico de atuação do Estado de Direito e Social: a *distribuição equitativa das liberdades subjetivas de ação*³⁰⁷.

Essa consideração do princípio da autonomia privada, com *igual conteúdo* para os contratantes, não eliminará os critérios que contribuem para identificar as cláusulas abusivas. Entretanto, poderá ajudar a esclarecer hipóteses em que se presume a ofensa ao princípio do equilíbrio (na dimensão substancial objetiva) ou ao princípio da boa-fé³⁰⁸. Assim, auxilia na sustentação de um regime de nulidade das cláusulas abusivas nos casos em que esteja presente a situação de subordinação ou sujeição de uma das partes; bem assim quando não há qualquer possibilidade de reconhecimento, pelo predisponente, das reivindicações legítimas do aderente³⁰⁹. Em tais hipóteses, pelo menos, deverá estar quebrada a presunção de equilíbrio contratual substantivo³¹⁰.

Outrossim, são situações em que são desrespeitados os elementos que fazem parte de um núcleo constitutivo da liberdade contratual da parte fraca e impedem o reconhecimento intersubjetivo de direitos e obrigações contratuais. Então, cumpre garantir aos mais fracos o *status* de *independente* e *igual* e não de

³⁰⁷ Segundo Habermas: “O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito ao tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da limitação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 138).

³⁰⁸ Será importante verificar, por exemplo, se o exercício da liberdade contratual de um titular prejudicou a outra parte por ofensa à sua própria autonomia privada (ou a liberdade contratual) enquanto direito de igual conteúdo. Outrossim, tal verificação toma um caminho de complementaridade recíproca com a busca da efetividade da justiça no processo de contratação. Por isso, o abuso está intimamente relacionado com o princípio da justiça contratual (justiça formal). É nesse sentido também que se pode falar de equilíbrio entre as partes (equivalência subjetiva ou de poder negocial), diferentemente do equilíbrio substancial no contrato.

³⁰⁹ Como reconhece Mônica Y. Bierwagen, “visto sob a ótica individual das partes, o contrato representa a satisfação de interesses pessoais que se viabiliza pelo encontro de vontades nele manifestadas”. E continua: “No entanto, para que os contratantes encontrem, efetivamente, a satisfação plena de seus interesses, é imprescindível que tenham a liberdade de escolher com quem contratar, o que contratar, debater suas condições, decidir como se dará a execução, enfim, pressupõe plena liberdade e igualdade entre si, para que o contrato represente um ato de consenso, de transigência mútua”. E remata: “Quando entre os contratantes ocorre o desequilíbrio desses pressupostos (liberdade e igualdade), não há mais que falar em consenso, mas em imposição da vontade de uma parte à outra, e o contrato, que deveria representar a satisfação de um interesse para a que está em situação inferior, passa a ser apenas o atendimento de uma necessidade irrecusável” (BIERWAGEN, 2002, p. 41).

³¹⁰ Essa análise permite concluir que os contratos padronizados e de adesão, por se caracterizarem pela predisposição unilateral de cláusulas e pela desigualdade crescente de poder negocial, por si sós estão, cada vez mais, sob suspeita de ofender a liberdade contratual da contraparte, ou de atentar contra a distribuição equitativa de liberdades subjetivas de ação. Daí que o Estado não pode eximir-se de dar atenção especial a todos eles. Justamente por isso, tal atitude não significa algum tipo de retorno à concepção liberal que, agarrada à perspectiva voluntarista, compreendia o “contrato de adesão” como uma aberração e, portanto, ineficaz, na medida em que, ante um consentimento manifestado de modo supostamente viciado, não reunia todos os elementos da liberdade contratual clássica (cf. NALIN, 2001, p. 172). Mas, justamente em oposição ao paradigma liberal clássico, a compreensão é de que o Poder do Estado só é exercido legitimamente quando garante que os direitos enunciados na Constituição possam ser exercidos concretamente por todos, com igualdade de chances. Apenas enunciar como princípios “gerais e abstratos” a “livre iniciativa”, “a autonomia privada”, e a “liberdade contratual”, sem se preocupar com as condições materiais de igual conteúdo, era próprio da concepção liberal.

subserviente³¹¹; porquanto também se impõe assegurar o reconhecimento intersubjetivo de direitos a que a distribuição equitativa de liberdades visa atender³¹². Pois cabe ter bem claro que a “livre iniciativa” (art. 170, *caput* e parágrafo único, da CF) não pode ser assegurada apenas aos mais fortes. Afinal, ostentar a liberdade contratual sem se preocupar em garantir o igual conteúdo desse direito é como enunciar a boa-fé ou o equilíbrio contratual e deixar às partes, elas mesmas, a sua sustentação prática.

Ora, o sistema jurídico permite acolher essa argumentação, basta observar a previsão do art. 51, § 1º, inc. I, do CDC, em que se presume exagerada a vantagem que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”. O conteúdo desse dispositivo acolhe a possibilidade de presumir-se a abusividade de cláusula que ofende o princípio da autonomia privada³¹³. Tal compreensão do *igual conteúdo da autonomia privada dos contratantes* levanta a possibilidade de que, em alguns casos, para a nulificação de cláusulas abusivas, não há necessidade de inquirir sobre o *efetivo desequilíbrio do conteúdo contratual*³¹⁴. Desse modo, talvez seja possível uma análise mais adequada do regime de nulidade, pois a lei não pode presumir o equilíbrio contratual, se não estiverem presentes determinados pressupostos.

Logo, deflui dessas considerações que o ordenamento possibilita algum tipo de análise do controle do abuso nos contratos, pelo próprio direito à igual liberdade contratual, interpretado como liberdade para todos,

³¹¹ Ronald Dworkin, um liberal igualitário, explica que é preciso distinguir “a idéia de liberdade como licença, isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade, e a idéia de liberdade como independência, isto é, o *status* de uma pessoa como independente e igual e não como subserviente”. E adiante explica: “A liberdade como licença é um conceito indiscriminado porque não distingue entre as formas de comportamento. Toda lei prescritiva diminui uma liberdade como licença, antes disponível para os cidadãos [...]. Mas a liberdade como independência não é um conceito indiscriminado nesse sentido” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 404-405). Depois dessa distinção, Dworkin avalia: “A licença econômica e a liberdade intelectual devem ser colocadas em pé de igualdade apenas se a liberdade significar licença; elas são, em algum sentido, claramente distinguíveis e incoerentes, se a liberdade significa independência”. E encerra: “A Suprema Corte confundiu essas duas idéias décadas atrás, quando decidiu, temporariamente, que, se a Constituição realmente protege a liberdade, deve proteger a liberdade de um empregador de contratar funcionários nos termos que bem entender [...]. Os radicais confundem essas idéias quando identificam o liberalismo com o capitalismo e, portanto, supõem que os direitos individuais sejam responsáveis pela injustiça social [...]” (DWORKIN, 2002, p. 408).

³¹² Essa é uma das razões para que o Direito do Consumidor tenha preocupação com o consentimento esclarecido dos consumidores. É em busca de um reconhecimento intersubjetivo de direitos que o CDC estabelece normas, buscando a educação dos consumidores, o controle da publicidade, a informação, etc. Daí se compreende que “a exigência de um consentimento esclarecido do consumidor se prende essencialmente com o princípio da autonomia privada” (cf. NORONHA, 2002, p. 270). Quando o predisponente, usando abusivamente de sua liberdade contratual, não possibilita o reconhecimento intersubjetivo de direitos, fere o princípio da autonomia privada da contraparte.

³¹³ O mais difícil nesse assunto é a fixação de critérios para a caracterização de uma cláusula como abusiva por ofensa à liberdade contratual da contraparte, uma vez que o próprio Direito reconhece a possibilidade de utilização dos contratos padronizados e de adesão (cf. art. 54 do CDC, art. 424 do C.C.). Mesmo com o reconhecimento do direito de realizar contratos padronizados e de adesão, e com isso, implicitamente, admitir-se a redução do exercício da liberdade contratual do aderente, em termos de fixação do conteúdo, a questão é: até que ponto as cláusulas pré-fixadas são legítimas, de acordo com o Direito?

³¹⁴ Em relação à necessidade de desequilíbrio contratual efetivo verificar o debate doutrinário em NERY JUNIOR et al., 1999, p. 521; cf. NORONHA, 2002, p. 302.

com igualdade de chances. Essa interpretação é esquecida pela doutrina³¹⁵ no âmbito dos contratos civis e comerciais; contudo, é exigida pela nova realidade contratual, especialmente no âmbito dos contratos padronizados e de adesão.

Vejamos agora, brevemente, os outros princípios.

Segundo a doutrina predominante, sob influência principalmente da doutrina alemã, o fundamento básico para o repúdio, tanto do abuso de direito como das cláusulas abusivas, encontra-se no princípio da boa-fé³¹⁶, pois este exige de cada parte, no exercício de seus direitos, que aja com *moderação*. Para violação do dever de agir de conformidade com a boa-fé basta o desvio da finalidade, independentemente do propósito de prejudicar³¹⁷.

Mas, recentemente, os juristas, na procura dos motivos mais profundos e na busca de assumir uma função propulsiva capaz de tornar o direito positivo sempre mais conforme às necessidades concretas da sociedade, encontraram no reconhecimento do princípio do equilíbrio contratual o verdadeiro critério para o controle das cláusulas abusivas. Atualmente, compreende-se que esse princípio estava há muito tempo presente no sistema jurídico privado³¹⁸ e que, embora não com a mesma objetividade, servia como fundamento para o controle de abusos³¹⁹.

³¹⁵ O não reconhecimento da autonomia privada como limite objetivo inclui vários fatores. Um deles talvez se deva ao ranço da concepção liberal: dá-se relevo à liberdade contratual como discricionariedade no exercício de direitos, e se esquece de que requer a *universalização* do igual direito e de sua consideração como *licença* apenas para o reconhecimento intersubjetivo de direitos. Ademais, a falta de reconhecimento doutrinário pode se dar devido à reação contra a concepção liberal, por desacreditar que a liberdade contratual possa ser efetiva numa sociedade desigual. Outro fator, por fim, decorre da dificuldade de se fixarem os critérios para a constatação da cláusula abusiva por ofensa ao princípio da autonomia privada, e para a sua operacionalização. De qualquer modo, se o sistema jurídico conservar-se como na concepção clássica, ou apenas buscar o seu oposto, sem considerar que as partes devem ter igual liberdade, sempre facilita para que apenas alguns possam exercer a liberdade contratual, tornando possível a manutenção da exploração draconiana do sistema capitalista. Mas isso não significa nenhuma falha do sistema jurídico em si mesmo.

³¹⁶ Luís Renato Ferreira da Silva, ao comentar sobre a ligação entre cláusulas abusivas e abuso de direito, afirma: “Talvez a fundamentação remota de ambos os institutos resida em ponto comum pois, em medidas variadas, tutelam a boa-fé e nela encontram seu nascedouro” (SILVA, L., 2001, p. 49). Adiante diz: “Tudo o que se disse até aqui conduz à conclusão de que o fundamento do repúdio às cláusulas abusivas assenta naquele que é um dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio: o princípio da boa-fé. É por estar subjacente às condutas na ordem civil, por ter facetas normativas na sua incidência e por orientar a interpretação integrativa da lei e dos contratos, que o princípio da boa-fé ganha realce em todas as causas de revisão analisadas nesse estudo e especialmente nas chamadas cláusulas abusivas” (SILVA, L., 2001, p. 52).

³¹⁷ Cf. NORONHA, 1994, p. 173-174.

³¹⁸ Nelson Nery Júnior assinala: “O *princípio da equivalência das prestações*, nos contratos bilaterais como são os de consumo, é preceito de *ordem pública*, presente tanto no Direito Privado tradicional (Civil, Comercial e do Trabalho), como no Direito das Relações de Consumo” (NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 497, nota 146).

³¹⁹ Segundo Rubens Requião, já em 1941, João Baptista Martins se referia a ato abusivo, que “atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas” (cf. REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969. p. 16).

O princípio da equivalência contratual, expresso no Código de Defesa do Consumidor (cf. art. 4º, III, 51, IV, art. 51, § 1º, II e § 4º, entre outros) e no novo Código Civil (art. 157, 317 e 478 entre outros), aflora o parâmetro mais adequado oferecido legalmente para o controle do conteúdo contratual. As cláusulas abusivas ofendem o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual, devido ao *desequilíbrio grave* gerado pela destruição da relação de equivalência entre direitos e obrigações das partes, que é pressuposta nos contratos comutativos³²⁰.

Além desses princípios encontrados na própria legislação ordinária dos contratos, o juiz deverá observar a matéria à luz da disciplina constitucional. Só assim, será possível uma aplicação do Direito coerente em toda a gama de princípios. Na atual compreensão que se dá à relação entre Direito Público e Direito Privado, não só as relações entre particulares e o Estado, mas também as relações intersubjetivas entre particulares estão limitadas pelo Direito Constitucional³²¹.

Em resumo, ficou fixado nos itens anteriores que a utilização dos contratos padronizados e de adesão, fora do âmbito do consumo, oferece um fundamento fático para se pensar na extensão da proteção contra cláusulas abusivas a todos os que lhe são vulneráveis pela similitude de sua situação, em quaisquer contextos onde tais contratos apareçam. Neste tópico, enuncia-se uma das conclusões mais profundas alcançadas até aqui: *as cláusulas abusivas ofendem os princípios gerais dos contratos e alguns princípios constitucionais*.

Como ficou demonstrado, a contratação deve desenvolver-se dentro dos princípios gerais do Direito Contratual, e a presença de cláusulas abusivas, ainda mais se preestabelecidas, ferem aquelas proposições elementares, essencialmente o princípio do equilíbrio contratual e às vezes também o da boa-fé. A verificação dessas cláusulas em juízo pode ser facilitada quando houver ofensa o princípio da autonomia privada no sentido da universalização do igual direito, quando então se presume o *desequilíbrio* contratual. Além disso, a noção de sistema jurídico aberto impõe reconhecer que as cláusulas abusivas também constituem violação aos princípios constitucionais, pelo menos daqueles que estão, em nível menos denso, na base dos princípios fundamentais dos contratos. Tudo isso será desenvolvido nos capítulos III, IV e V.

³²⁰ NORONHA, 2002, p. 298.

³²¹ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 12-13, cf. nota 12. Compreende-se que se quebraram as clássicas “projeções antagônicas do princípio da legalidade”: no Direito Privado, tudo o que não é proibido por lei é permitido; e no Direito Público, tudo o que não for permitido por lei é proibido. O que o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal) está a garantir não é o antigo “reino da liberdade” para fazer o que quiser na esfera das relações interprivadas, mas, sim, o “Estado Democrático de Direito”. Significa que o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, submete-se não só às normas imperativas, mas, sobretudo, aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça e da igualdade substancial, etc., conforme demanda a composição e complementaridade dos preceitos constitucionais (cf. art. 1º, III, IV; art. 3º, I, III; e art. 170 *caput*, da Constituição Federal). Enfim, trata-se de uma liberdade

2.3.3 A depuração do conceito de cláusulas abusivas na concepção objetiva

Agora vamos discutir melhor o conceito de cláusulas abusivas, demonstrando suas especificidades em relação a outras categorias jurídicas³²². Cabe investigar mais a fundo a justificativa para rechaçar as cláusulas abusivas, distinguindo-as das demais³²³. Para tanto, far-se-á uma investigação da doutrina sobre os parâmetros ou critérios objetivos³²⁴ a que deve seguir a caracterização de abuso contratual. Nessa perspectiva a doutrina costuma depurar o conceito de cláusulas abusivas e distingui-las de outras figuras.

a) A concepção objetiva do abuso de direito

(autonomia) *consentida*, impregnada de valores sociais que descendem diretamente da Constituição. Por isso, uma fundamentação do controle das cláusulas abusivas também deve decorrer dos princípios constitucionais.

³²² Por exemplo, há autores que não consideram que a figura clássica do abuso de direito possa contribuir para o entendimento das cláusulas abusivas. Em geral se diz que, mediante o uso de cláusulas abusivas, não se está utilizando um direito, mas se está aproveitando do contexto socioeconômico propiciado pelo mercado, ou da vantagem do poder negocial, para estabelecer predisposições abusivas. Por outro lado, no “abuso de direito, enfoca-se o exercício de um direito subjetivo que o sujeito já possui e que o utiliza de forma a prejudicar a outrem” (cf. BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 133-157, jul./set. 2002. p. 154-155). Segundo Roberto Senise Lisboa: “A abusividade de um dispositivo contratual não se confunde com o abuso do direito, no exercício do mesmo, pelo seu respectivo titular. Aquela se refere a uma vantagem desproporcional, estabelecida no conteúdo da avença, em prol de uma das partes, quer seja o caso de formulação conjunta dos dispositivos ou de contrato pré-redigido — no contrato de adesão, invariavelmente o beneficiado é o predisponente. É cláusula excessiva, onerosa para o aderente” (LISBOA, 1997a, p. 221); cf. também NERY JUNIOR, 1999, p. 489. Porém, se for correto o modo como pensamos, parece que há uma parcial coincidência entre os fundamentos que rechaçam as cláusulas abusivas e os que coíbem o abuso de direito.

³²³ Segundo Luís Renato Ferreira da Silva, são três os fundamentos buscados pela doutrina para justificar que se rechacem as cláusulas tidas como abusivas, de um ordenamento legal: (a) o abuso de direito; (b) a existência de cominação legal; e (c) o princípio da boa-fé (SILVA, L., 2001, p. 46). As cláusulas abusivas são uma especialização do fenômeno do abuso de direito, mas nele não encontram fundamentação para serem coibidas, pois “não há um direito prévio de clausular unilateralmente um contrato desde que se apoderou do direito moderno a nova visão de autonomia privada. Na verdade, a redação de cláusulas abusivas expressa o chamado abuso de poder econômico, um dado pré-jurídico, verdadeiro abuso de fato, sem revestimento formal de direito”. (SILVA, L., 2001, p. 49; cf. também SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 122-135, jul./dez. 1997. p. 125). A nosso ver, os contratos padronizados e de adesão, com todos os seus inconvenientes, por uma série de razões são reconhecidos pelo Direito (desde o art. 54 do CDC). Trata-se de uma extensão ligada ao direito à autonomia privada (liberdade contratual), a qual, tanto nesses como em outros contratos, não pode incorrer em abusos, fixando neles cláusulas abusivas.

³²⁴ Como ressalta Guilherme Fernandes Neto, “cabe aos doutrinadores arrostar a realidade fática da aceitação do dogma do abuso do direito, bem como a tarefa de fixar de forma definitiva os critérios de constatação da deturpação do direito e os princípios cuja força normativa fazem surgir tais balizas caracterizadoras da manifestação abusiva” (FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor*: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 41). Nessa análise, já se nota uma aproximação dos fundamentos de controle.

A palavra abuso, do ponto de vista etimológico, deriva da expressão latina *abusus*³²⁵, que significa uso excessivo de alguma coisa, mau uso, injusto, exagerado, despropositado, etc. Sob o pressuposto de que o direito não é absoluto, o que caracteriza o “abuso do direito seria a falta praticada pelo titular de um direito que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido”³²⁶. Por isso, normalmente se diz que o abuso não está no direito, mas no seu mau uso, ou seja, “consiste em um exercício do direito com excesso, intencional ou involuntário, doloso ou culposo, nocivo a outrem”³²⁷. O abuso de direito não é de forma alguma conforme o Direito, pois nunca é permitido pelo Direito³²⁸.

A expressão “abuso de direito” vem desde o século XIX e as maiores discussões doutrinárias sobre o tema giram em torno da caracterização de um exercício de direitos como ato contrário ao Direito. Segundo lição de Fernando Noronha, os critérios propostos são vários: dano excessivo, ausência de interesse, escolha de modo de exercício sem utilidade para o titular, desproporcionalidade entre o interesse beneficiado e o afetado, intenção de prejudicar, desvio do direito da função social, comportamento anormal, etc. Na base dessa discussão, porém, ou está a *concepção subjetivista* de G. Ripert — “se só há abuso de direito quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem”³²⁹ — ou a *concepção finalista* de Jossierand — “se basta que ele tenha o propósito de realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo em questão foi preordenado”. Na verdade, sempre que há *intenção dolosa* não resta dúvida de que há abuso de direito, mas também, sempre que

³²⁵ Guilherme Fernandes Neto afirma: “Quase que unânimes são os escritores ao admitir o direito romano como berço da teoria do abuso do direito, cujo embrião desenvolveu-se como a vetusta teoria da *aemulatio*, do período medieval; tal teoria consubstanciava-se em responsabilizar o agente, se o ato fora praticado sem uma utilidade própria, com a intenção maligna de lesar, ou mesmo sem a mínima utilidade” (FERNANDES NETO, 1999, p. 43). Sobre essa ligação do instituto do abuso de direito com a *aemulatio* cf. também LUNA, 1959, p. 96 et seq.

³²⁶ Assim explica Cláudia Lima Marques, “apesar de presentes o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato antijurídico) do titular do direito (nexo causal), a sua hipótese é diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, esse sim, ilícito”. Por isso, segundo a autora, nesse caso o ordenamento não busca sancionar quem abusou a perdas e danos, preferindo re-equilibrar a situação concreta e assegurar a volta ao *status quo*. A reação do direito é de grau entre o ilícito e o abusivo, não há uma diferença de natureza (cf. MARQUES, 1998, p.404-405). Sobre a ação de indenização em perdas e danos por abuso de direito cf. YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre o abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 538, p. 16-25, ago. 1980, p. 20 et seq.

³²⁷ Cf. GALDINO, 2001, p. 01-03.

³²⁸ Cf. NORONHA, 1991, p. 194.

³²⁹ Para Ripert, há abuso de direito quando “o titular saiu dos limites legais fixados pelo exercício do seu direito”. Assim, “a regra legal que proíbe a qualquer homem causar, por sua culpa, um prejuízo a alguém, constitui uma limitação dos direitos subjetivos” (RIPERT, 2002, p. 171). Para que haja abuso, “é preciso que o contratante, mantendo-se nos limites precisos do contrato, esgote as suas prerrogativas unicamente para causar prejuízo à outra parte”, isto é, “que o exercício desse direito não represente utilidade alguma para aquele que o exerce” (RIPERT, 2002, p. 185).

haja ofensa à função do direito pela *ultrapassagem dos limites internos do próprio direito*, como quer Josserand, caracteriza-se o ato abusivo³³⁰.

Nessa linha, não há porque confundir a teoria do abuso de direito com a do ato ilícito, ou a fraude. Neste caso o negócio jurídico é tramado para prejudicar outrem, em benefício do declarante ou de terceiro. No abuso de direito não existe, propriamente, trama contra o direito da contraparte: ele surge do inadequado uso de um direito, sem correspondência com a sua função ou finalidade, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem³³¹.

A começar pelos parâmetros objetivos oferecidos pelo Código Civil para a constatação do abuso de direito, o art. 187 preceitua: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”³³². Nesse preceito é necessário colocar a ressalva exposta anteriormente, de que nem sempre o ato considerado abuso de direito será *ilícito* (em sentido estrito). Como explica Noronha, para a prática da verdadeira *ilicitude* (em sentido *subjetivo*) é preciso a *antijuridicidade* e a *culpabilidade*, enquanto que para o *abuso de direito* basta “a contrariedade ao direito, isto é, a *antijuridicidade*”. Assim, a atuação contrária ao direito não é necessariamente uma atuação ilícita³³³.

Considerando o ato abusivo como ato antijurídico, convém destacar que o âmbito da antijuridicidade implica que nem todo o direito está contido na legalidade, entendida estritamente enquanto norma expressa. Assim, “o ato abusivo é exercido em virtude de um direito determinado, de um direito subjetivo,

³³⁰ NORONHA, 1994, p. 169-170. Segundo Cláudio Antônio Soares Levada: “Não importam o dolo ou a culpa, mas o fato material, somente; causado o dano mediante a prática de um ato abusivo está o agente obrigado a reparar o dano, é responsável pelo prejuízo ocorrido” (LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 44-50, maio, 1991. p. 46). Sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial cf. também YASSIM, 1980, p. 18 et seq. Everaldo da Cunha Luna divide em três grupos as teorias que visam dizer o que vem a ser e significar o abuso de direito: 1) teorias subjetivas; 2) teorias objetivas; 3) teorias subjetivo-objetivas. “Ao primeiro grupo, pertencem as teorias da intenção, da gravidade da culpa e da culpa específica; ao segundo, as teorias do destino econômico, do fim social do direito e do motivo legítimo, e ao terceiro, todas as teorias ecléticas, isto é, que tentam conciliar as subjetivas com as objetivas” (LUNA, 1959, p. 69).

³³¹ Cf. REQUIÃO, 1969, p. 16.

³³² Leopoldino da Fonseca fornece uma definição de cláusula abusiva ligada a esse artigo. Segundo ele, “uma cláusula contratual poderá ser tida como *abusiva* quando se constitui num *abuso de direito* (o predisponente das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, tem o direito de redigi-las previamente; mas comete abuso se, ao redigi-las o faz de forma a causar dano ao aderente). Também será considerada *abusiva* se fere a *boa-fé objetiva*, pois, segundo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há que haver equivalência em todas as trocas. Presumir-se-á também *abusiva* a cláusula contratual quando ocorrer afronta aos *bons costumes*, ou quando ela se desviar do *fim social ou econômico* que lhe fixa o direito. A aferição dessas condições não se faz, contudo, através da indagação da real intenção das partes intervenientes no contrato” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 127-128).

³³³ Cf. NORONHA, 1994, p. 175-176. Na definição de Everaldo da Cunha Luna: “A essência do abuso de direito é a *ilicitude*, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico”

mas pode, no entanto, ferir o Direito considerado em seu conjunto”³³⁴. Sempre observando que, “ao redor da regra formal, em torno do direito escrito, vive e se agita um mundo de princípios, de diretivas, de ‘standards’”³³⁵. Assim sendo, Fernandes Neto, inspirado pela teoria do abuso de direito assimilada pelo CDC, fixa a seguinte definição:

O abuso do direito ocorre quando se dá o desvio do direito ou das relações e instituições por ele criadas ou normatizadas de sua finalidade econômico-social, da equidade, da boa-fé, ou de sua proporcionalidade; é o excesso do direito que afronta a finalidade e as proporções delineadas na lei, nos princípios gerais do direito e dos sistemas jurídicos a que pertencem, podendo dar-se mediante omissão ou ato comissivo³³⁶.

Essa noção de abuso de direito contribui para a enunciação do conceito de cláusulas abusivas, diferenciando-as das cláusulas ilícitas. Esse assunto será estudado agora.

b) Cláusulas abusivas e cláusulas ilícitas

A idéia ampla de abuso de direito abre caminho para a vastidão das possibilidades de abusos nos contratos. Mas, sabendo-se que o instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o do abuso de direito, no

(LUNA, 1959, p. 47). Adiante diz o autor: “Se todos os atos abusivos são ilícitos, nem todos os atos ilícitos são abusivos” (LUNA, 1959, p. 101).

³³⁴ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 98. Como destaca Fernandes Neto, para Josserand: “ato abusivo é muito simplesmente aquele que, praticado em virtude de um direito subjetivo cujos limites tenham sido respeitados, é no entanto contrário ao direito visto no seu conjunto e enquanto juridicidade, quer dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias. Pode-se perfeitamente ter por si ‘tal direito’ determinado e entretanto ter contra si ‘o direito’ por inteiro; é essa situação, nada contraditória mas perfeitamente lógica”. E a definição de Jorge Americano: “no direito, diremos ‘abuso’ o seu desvirtuamento, o descomedimento no seu exercício, a indevida aplicação de um princípio, a consequência exagerada que dele tiramos” (FERNANDES NETO, 1999, p. 38-40). No mesmo sentido Luis O. Andorno explica: “Em rigor de verdade, no abuso do direito, temos licitude, temos direito, porém são vulneradas as pautas do exercício do mesmo no modo previsto pelo ordenamento jurídico. Quer dizer, que em tal caso houve um desvio do fim moral ou econômico-social que o direito objetivo persegue quando tutela as faculdades dos indivíduos” (ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, RT, ano 6, v. 19, p. 15-37, jan./mar. 1982, p. 15). Para um parecer contrário à concepção de Josserand, cf. GUSMÃO, 1948, p. 365, 370 e 371.

³³⁵ REQUIÃO, 1969, p. 15. Para se compreender bem a teoria do abuso de direito é necessário considerar que se a sociedade organizada em Estado garante prerrogativas às pessoas, “não é para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação”, isto é, “o mais alto atributo do Direito” é “a sua finalidade social”, como diz Rubens Requião. O Direito é criado em atenção ao indivíduo, com o objetivo de ordenar sua convivência com outros indivíduos. “O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social”. Por isso, remata Requião: “O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito. Nem tudo que é conforme a lei é legítimo, eis o postulado fundamental da teoria de Josserand” (REQUIÃO, 1969, p.15-16). Porque, como assevera Paulo Eduardo de Gusmão, os limites do direito subjetivo não se reduzem àqueles expressamente definidos pela lei, mas também aos instaurados pelos princípios implícitos no ordenamento jurídico (cf. GUSMÃO, 1948, p. 361 e 371).

³³⁶ FERNANDES NETO, 1999, p. 36.

sentido abrangente de toda a antijuridicidade, para uma aproximação do sentido corrente de cláusulas abusivas é preciso reduzir da definição ampla de abuso, mencionada anteriormente, “os princípios gerais de direito”, que não são próprios do Direito dos Contratos. Mais precisamente se diz que as cláusulas abusivas ofendem o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual e/ou o princípio da boa-fé, podendo ocorrer independentemente da vontade do agente.

Assim é que a doutrina mais abalizada faz a apuração da definição de cláusulas abusivas, distinguindo-as das demais cláusulas antijurídicas por ilicitude em sentido estrito. Se for considerada a ilicitude em sentido amplo, significando qualquer ato humano que contrarie comandos legais, o que coincide com a noção de *ato ilícito objetivo*, então será sinônimo de antijuridicidade e todas as cláusulas abusivas serão ilícitas (antijurídicas). Porém, muitas “cláusulas ilícitas” e, portanto, antijurídicas, podem não ter nenhuma característica de abuso. Por exemplo, há cláusulas ilícitas por ofensa à ordem pública externa aos contratos, como no caso de ilicitude do objeto, contrariedade a normas imperativas ou a princípios fundamentais da sociedade. Por isso, melhor será considerar as *cláusulas abusivas* (ou meramente abusivas) como distintas das *cláusulas ilícitas* em sentido estrito (e por isso mais que abusivas)³³⁷.

As cláusulas ilícitas (em sentido estrito) são “as que tenham objeto ilícito (cf. Código Civil, art. 166, II), cujo motivo determinante seja ilícito (inc. II) ou que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (inc. VI) e, em geral, quando a lei proibir-lhes a prática (inc. VII), ou ainda quando ofenderem qualquer princípio de ordem pública”³³⁸. Neto Lôbo lembra que o Código Civil criou a hipótese do motivo ilícito determinante, comum a ambas as partes. Para exemplo, cita o caso de uma cláusula que estipule pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, expressamente proibido pela lei (Dec. –Lei n. 857/69). A disposição dessa cláusula não constitui abuso, mas ilicitude estrita³³⁹.

Cláusulas abusivas “serão aquelas que só passam a ser proibidas na medida em que ultrapassam determinados limites intrínsecos ao próprio direito de estabelecer o conteúdo dos contratos”³⁴⁰. Portanto, numa noção restrita, serão cláusulas abusivas as que ofenderem os princípios dos contratos, ou a chamada ordem pública interna dos contratos, essencialmente o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual e às vezes o princípio da boa-fé.

³³⁷ Cf. NORONHA, 2002, p. 318-319; LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 129-130.

³³⁸ NORONHA, 2002, p. 319.

³³⁹ Cf. LÔBO, 1991, p. 159.

³⁴⁰ NORONHA, 2002, p. 319.

Assim, feitas essas distinções, a cláusula abusiva não é estranha à idéia de abuso de direito em sentido objetivo³⁴¹. Nas cláusulas abusivas pode-se dizer que se supõe a existência de um direito subjetivo, a liberdade contratual relacionada à autonomia privada; em razão disso, elas, em princípio, não seriam ilícitas, mas passam a sê-lo na medida em que extrapolam os limites do exercício desse direito³⁴². O critério a usar para dar como caracterizado o abuso de direito é “o da manifesta desproporção entre o interesse prosseguido pelo agente e aquele da pessoa afetada, ou, dizendo de outro modo, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte”³⁴³.

Seguindo essa caracterização, ao se observar o conteúdo de um contrato se dirá que é abusiva a estipulação contratual que gera um *desequilíbrio grave* entre direitos e obrigações das partes. Como conclui Fernando Noronha:

É de acordo com essa idéia de abuso de direito que, na noção que correntemente se tem de *cláusulas abusivas*, se consideram essas como sendo as estipulações que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave *desequilíbrio* entre direitos e obrigações de uma e outra parte³⁴⁴.

De maneira semelhante, a Diretiva 93/13 da Comunidade Européia, de 05.04.93, sobre cláusulas abusivas, em seu art. 3º, dispõe: “as cláusulas contratuais que não se tenham negociado individualmente considerar-se-ão abusivas se, frente as exigências da boa-fé, causam em detrimento do consumidor um *desequilíbrio* importante entre os direitos e obrigações das partes que derivam do contrato”. Portanto, parece ser uma tendência também do direito comparado conectar o caráter abusivo das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial aos princípios dos contratos, sem consideração à atuação subjetiva, dando lugar à análise do contexto do contrato, do equilíbrio contratual e da conformidade com a boa-fé objetiva³⁴⁵.

É bem de ver, entretanto, a possibilidade de a cláusula abusiva ofender o princípio do equilíbrio contratual, distintamente da ofensa ao princípio da boa-fé, conforme se evidencia na definição oferecida pela Lei

³⁴¹ Contudo, a doutrina recomenda que: “As cláusulas abusivas não podem ser entendidas como abuso de direito, mas sim ‘como cláusulas excessivas, muito onerosas, que comportam uma vantagem indiscriminada em favor de um contratante em detrimento do outro’” (DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993. p. 239).

³⁴² Cf. NORONHA, 2002, p. 319. No mesmo sentido, Valéria Galdino assinala: “Não se pode definir a cláusula abusiva como cláusula ilícita, porque nessa não há exercício de um direito subjetivo; aliás, não existe nenhum direito. Já naquela existe um direito subjetivo, que é utilizado no intuito de favorecer uma das partes, provocando um *desequilíbrio* contratual. Portanto, a cláusula abusiva não é ilícita em sua essência; o abuso decorre do contexto, ou seja, quando ela não se origina do acordo de vontades, mas da predisposição unilateral” (GALDINO, 2001, p. 16). E continua: “Apesar das diferenças entre cláusulas ilícitas e cláusulas abusivas, a consequência jurídica é a mesma, ou seja, a nulidade” (*ibid.*, p.17).

³⁴³ NORONHA, 2002, p. 192, nota 36.

³⁴⁴ NORONHA, 2002, p. 298.

³⁴⁵ Cf. MARQUES, 408-409.

Uruguai nº 17.189, relativa às relações de consumo, no seu art. 30, que dispõe: “é abusiva, por seu conteúdo ou por sua forma, toda cláusula que determine claros e injustificados desequilíbrios entre direitos e obrigações dos contratantes em prejuízo dos consumidores, assim como toda aquela que viole a obrigação de atuar de boa-fé”³⁴⁶.

Agora, observem-se algumas implicações advindas da preocupação com a aplicação de princípios constitucionais. Se há princípios constitucionais fundamentais, os quais estão na base dos princípios da legislação ordinária, será possível distinguir ordem pública interna e externa, e afirmar que as cláusulas abusivas ofendem apenas a ordem pública interna dos contratos? Esta questão precisa ser estudada a seguir.

c) Observações críticas sobre o conceito de cláusulas abusivas

Sem destoar da caracterização restrita das cláusulas abusivas corrente na linguagem doutrinária, compreende-se como razoável algum tipo de sustentação mais amplo para o seu controle. Observa-se que também é possível encontrar apoio para o controle das cláusulas abusivas no princípio da função social do contrato, ou até no próprio princípio da autonomia privada [2.3.2. a e b; 4.2.4; e 5.4.2. c]. Ademais, a coerência com a noção de sistema jurídico aberto, formado por uma coesão horizontal de princípios, exige uma definição que vá além dos princípios fundamentais dos contratos que estão fixados no Direito Privado.

A compreensão do sistema jurídico como sistema unitário e interno, com suas conexões de princípios em graus de densidade diversos [4.1.1 c e 4.3.3], exige aceitar a vinculação de princípios constitucionais retores da ordem econômica para a sustentação do controle da cláusula abusiva [5.3]. Num nível menos denso, ainda de acordo com os princípios gerais dos contratos, os princípios constitucionais são portadores da possibilidade de concretização de limites ao direito de estabelecer o conteúdo dos contratos. Aliás, não há como negar que os princípios constitucionais são aplicáveis, de alguma forma, ao controle das cláusulas abusivas. Essa é uma exigência da eficácia das normas constitucionais nas relações entre particulares.

Ora, quando, num contrato, uma das partes está a sofrer desvantagens consideráveis em benefício da contraparte, tal transação não está de acordo como o preceito constitucional que afirma ser objetivo da República construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF). Se uma das partes precisa arcar com riscos e ônus desproporcionais aos direitos e benefícios recebidos, ela sofre prejuízo considerável e são aniquiladas as possibilidades de *redução da desigualdade social* (art. 3º, III, e art. 170, VII, da CF). Se o predisponente, de forma calculada, habilmente, inclui nos seus contratos cláusulas e condições ruins a

³⁴⁶ BONATTO, 2001, p. 34.

dezenas ou centenas de pessoas, sua atuação não atende aos *valores sociais da livre iniciativa* (art. 1º, IV, da CF), e aos ditames de *justiça social* (170, *caput*, da CF). Quando se busca implementar a noção de equilíbrio contratual subjacente na proteção contra as cláusulas abusivas, também se abre caminho para o cumprimento de muitas normas imperativas da Constituição.

É sabido que há uma relação entre princípios fundamentais do Direito dos Contratos e princípios constitucionais. Consoante essa conexão, qual será sua conseqüência para a análise das cláusulas abusivas? As cláusulas abusivas são conceituadas como ofensa aos princípios fundamentais dos contratos, essencialmente ofensa ao princípio do equilíbrio contratual e ao da boa-fé. E isso está correto. Mas se observamos que esses princípios, que descendem dos valores fundamentais da sociedade, têm um fundamento constitucional, será possível dizer que a caracterização das cláusulas abusivas também ocorre nesse nível menos denso. Então, também é adequado afirmar que as cláusulas abusivas constituem ofensa àqueles princípios constitucionais correspondentes aos respectivos princípios gerais dos contratos que por elas sejam ofendidos.

Essa consideração não implica uma identificação entre o conceito de cláusulas abusivas e o de abuso de direito, na dimensão em que esse último é aplicado. Não são todos os princípios gerais do Direito ou todos os princípios acolhidos pelo ordenamento que interferem na caracterização mais ampla das cláusulas abusivas, mas apenas aqueles princípios constitucionais que se identificam, em alguma instância, com os princípios fundamentais dos contratos.

Sem essa complementação conceitual, não se pode afirmar que as cláusulas que ofendem princípios que são supracontratuais, princípios fundamentais da sociedade, sejam cláusulas ilícitas. Senão, todas as cláusulas abusivas passarão a ser cláusulas ilícitas, mais que abusivas, porque elas sempre ofendem não só os princípios fundamentais dos contratos, mas também os princípios constitucionais correspondentes, ou que lhes dão validade. Contudo, o mais complexo é a identificação de tais princípios constitucionais, porque certamente cada princípio fundamental dos contratos ofendido pelas cláusulas abusivas poderá ter mais de um princípio constitucional que lhe dá fundamento. Essas são características próprias do ordenamento como sistema unitário.

d) Cláusula abusiva e outras figuras

A concepção objetivista (ou finalista) do abuso na contratação permite distinguir entre cláusula abusiva e *lesão*, nos contratos. Conforme preceitua o Código Civil, o instituto da lesão “ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157). A caracterização da “premente necessidade” ou da “inexperiência” é fundamental para configurar a lesão, porém não é elemento necessário para conformar a cláusula abusiva³⁴⁷.

Segundo Caio Mário da S. Pereira, para caracterizar a lesão cumprem dois requisitos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Objetivamente, apura-se a lesão na “desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes aufere ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou”³⁴⁸. De outro lado, o requisito subjetivo “estará no aproveitamento das condições do contratante, que tenha sido levado a suportar as cláusulas lesionárias em razão de sua própria inexperiência, de sua leviandade ou do estado de necessidade em que se encontra no momento de contratar”³⁴⁹. A caracterização da cláusula abusiva distancia-se do instituto da lesão especialmente porque não requer a consideração desse requisito subjetivo.

As cláusulas abusivas, ao serem caracterizadas de maneira objetiva, possuem elementos gerais, por isso podem incluir outras figuras como modalidades. É o que ocorre com as chamadas *cláusulas potestativas* e *leoninas*. Cláusulas (impropriamente chamadas de condições) potestativas são as estipulações que dão a uma das partes a faculdade de modificar unilateralmente os termos pactuados, assim atentando contra o princípio do acordo de vontades. Correspondem à disciplina do art. 122, 2ª parte, do Código de 2002, pelo qual, são condições potestativas as que sujeitam o contrato “ao puro arbítrio de uma das partes”. Cláusulas leoninas pressupõem a imposição do mais forte sobre o mais fraco; especificamente, no contrato de sociedade, é leonina a cláusula que, conforme o art. 1.008 do Código Civil, “exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Essas figuras são similares inclusive quanto ao regime jurídico: as cláusulas são nulas, mas o contrato permanecerá válido, conforme pode verificar-se no art. 184 do C. C. e no art. 51, § 2º do CDC³⁵⁰.

Como assinala Cláudia Lima Marques, as cláusulas leoninas e as condições meramente potestativas “representam uma primeira tentativa de combate a cláusulas consideradas ‘abusivas’”³⁵¹. Uma diferença entre

³⁴⁷ De acordo com o Código Civil de 2002, art. 157, a disciplina da lesão contempla o elemento subjetivo. E desse modo, a lesão não se confunde com as cláusulas abusivas, que merecem análise objetiva. Por isso, diferentemente do que pensa Luís Renato Ferreira da Silva, compreende-se que é preciso tratá-la de maneira distinta da revisão por incidência do art. 51, IV, e 6º, V do CDC (cf. SILVA, L., 2001, p. 89-93).

³⁴⁸ PEREIRA, 1993, p. 187.

³⁴⁹ PEREIRA, 1993, p. 189. No mesmo sentido cf. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 224-228; cf. também LISBOA, 1997a, p. 219-221.

³⁵⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 316-317.

³⁵¹ Cf. MARQUES, 1998, p. 405.

essas figuras “estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual”; outra diferença é que a matéria disciplinada pelas cláusulas consideradas abusivas, atualmente, em geral pode englobar elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, à evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento, etc.³⁵².

O chamado *pacto comissório*, pelas características que apresenta, também pode ser inserido entre as cláusulas abusivas: era a estipulação tradicionalmente proibida, por apresentar um desequilíbrio. Consiste ele na “cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (Código Civil, art. 1.428). Por isso, atualmente a cláusula abusiva tem características de figura geral da teoria dos contratos, e aquelas modalidades continuam tendo seu lugar no Direito moderno³⁵³.

Na legislação civil, há muitas outras figuras para conter abusos³⁵⁴, porém, com supedâneo nas fórmulas antigas, sem qualquer narrativa específica das cláusulas abusivas, já eram no passado e continuarão sendo insuficientes para resguardar as vítimas da abusividade nos contratos padronizados e de adesão civis e empresariais. É nesse sentido que se busca pensar perspectivas hermenêuticas mais profundas, entre elas a extensão do controle das cláusulas abusivas previstas no CDC. Nesse Código, ao contrário do que ocorre no Código Civil, o princípio do equilíbrio contratual, que é fundamental em matéria de cláusulas abusivas, além de expresso, é especificado de modo a fornecer parâmetros mais objetivos ao intérprete para coibir estipulações que desequilibrem a relação contratual.

Após a análise do conceito de cláusulas abusivas, com a realização de distinções conceituais básicas, e verificada a admissibilidade de um exame objetivo do caráter abusivo na contratação, é importante agora verificar o conceito legal de cláusula abusiva estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, dada a insuficiência narrativa do novo Código Civil para a sua definição.

³⁵² Cf. MARQUES, 1998, p. 406.

³⁵³ Cf. NORONHA, 2002, p. 317-318.

³⁵⁴ O termo abuso é muito utilizado no direito positivo brasileiro — às vezes para caracterizar o abuso do direito, outras vezes para designar figuras que se aproximam dessa doutrina — não sendo, assim, exclusividade das relações de consumo. Pode-se verificar, no Direito Comercial, o abuso do direito de voto, o abuso da razão social (perscrutada a sua manifestação pelo desvio de finalidade da firma), a concorrência abusiva, o abuso do direito de patente, o abuso do requerente de falência denegada, o saque abusivo de letra de câmbio e o abuso do direito na renovação do contrato de locação e retomada do imóvel. No Direito Civil, o abuso do pátrio poder, o abuso dos poderes de mandatário, além, é claro, das delineações genéricas do abuso do direito contido no art. 188, I (a *contrario sensu*) e no art. 187. No Direito Econômico fala-se em abuso de poder econômico e abuso de posição dominante no mercado. Essas figuras, hoje, estão disciplinadas na Lei Antitruste – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica – a qual, em seus arts. 20 e 21, relaciona as infrações à ordem econômica, com destaque para os tipos: exercer de forma abusiva posição dominante (art. 20, IV) e impor preços excessivos ou aumentar, sem justa causa, o preço do bem ou

No Código de Defesa do Consumidor, o conceito de cláusulas abusivas é desenvolvido a partir da aplicação dos princípios gerais dos contratos. Por isso, o regime do CDC, embora previsto especificamente para as relações de consumo, fornece parâmetros gerais de tratamento jurídico das cláusulas abusivas, tornando-o passível de aplicação para fora do âmbito consumerista, estendendo-o a problemas semelhantes, em outras áreas.

2.3.4 Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do novo Código Civil, não se conteve à menção de parâmetros genéricos para constatação da abusividade. Ao estabelecer todo um sistema de proteção ao consumidor e prescrever um rol exemplificativo de possíveis cláusulas que poderão trazer ínsitas a característica abusiva, nas relações contratuais de consumo, o CDC assume expressamente a nova postura do Estado no sentido de estabelecer limitações positivas à liberdade contratual.

A idéia de liberdade positiva fornece o perfil básico do CDC. Trata-se de uma tentativa de equilibrar a liberdade de contratação entre fortes e fracos, com o objetivo de proteger o consumidor (vulnerável) do capitalismo voraz. Assim, mesmo vivendo em um sistema essencialmente individualista, com a elevação da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, e a formalização do CDC como matéria de ordem pública, conforme o art. 1º da Lei nº 8.078, infere-se que as normas de consumo prevalecem sobre ditas relações contratuais privadas, algumas delas independentemente da vontade das partes.

Dessa forma, no âmbito dos contratos de consumo, ainda que o contrato não seja padronizado e de adesão³⁵⁵, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais ou quaisquer disposições de vontade pertinentes às relações de consumo que forem enquadradas na noção legal fornecida pela definição presente no art. 51. Essa definição procurou englobar mesmo os casos não previstos na lista, ao atribuir caráter de nulidade às cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (inc. IV). Tais cláusulas serão necessariamente tidas como abusivas, sob presunção de que desequilibram o contrato (Código, art. 51, § 1º).

serviço (art. 21, XXIV), verificando-se a utilização do conceito de abuso e excesso como núcleo das tipificações (cf. FERNANDES NETO, 1999, p. 27-33).

³⁵⁵ Cf. NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 489 e 495.

O Código de Defesa do Consumidor não definiu diretamente as cláusulas abusivas, mas, pelo que preceitua no art. 51, em especial no *caput*, nos incisos I, IV e XV, e nos §§ 1º e 4º, pode-se dizer que, para o Código, são abusivas as cláusulas “relativas ao fornecimento de produtos e serviços” (cf. *caput* do art. 51) que “impossibilitem, exonerem ou atenuem” as obrigações do fornecedor (cf. inc. I), ou que estabeleçam para o consumidor “obrigações consideradas iníquas, abusivas”, que coloquem “em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV). Essa noção é complementada pelo § 1º, que indica diversos casos em que a vantagem se presume exagerada, e pelo § 4º, que insiste na idéia de cláusulas que não asseguram “o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”, e ainda pelo inciso XV, o qual acrescenta que são abusivas as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor”³⁵⁶.

No art. 51, inciso IV e § 1º encontra-se a *cláusula geral*, em relação à qual os demais dispositivos respeitantes às cláusulas abusivas são meras especificações. Esses dispositivos acompanham o modelo alemão, caracterizando de modo amplo o que se deve entender por cláusulas abusivas³⁵⁷. Como dito anteriormente, de acordo com o inciso IV são nulas as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. E o § 1º estabelece: “*presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende 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 o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso*”.

Vale dizer que essa presunção legal é meramente relativa (ou *juris tantum*) e não absoluta (ou *juris et de jure*). Em conseqüência, ao fornecedor recairá o ônus de fazer prova contrária ao presumido caráter abusivo da vantagem.

Muitos desses preceitos têm como fundamento o *princípio do mínimo contratual*, ou o núcleo obrigatório constitutivo da essência do contrato. Essa idéia está conectada com a conhecida distinção entre deveres principais (primários), secundários (acessórios) e fiduciários (anexos). O mínimo contratual será

³⁵⁶ Cf. NORONHA, 2002, p. 299. Nesse sentido, Paulo Neto Lôbo define: “Consideram-se abusivas, nas relações de consumo, as condições contratuais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente fornecedor e demasiada onerosidade ao consumidor, gerando um injusto desequilíbrio contratual” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista dos Tribunais*, n. 705, p. 45-50, jul. 1994. p. 48).

³⁵⁷ Cf. NORONHA, 2002, 299-300.

constituído pelos deveres principais, ou primários; por exemplo, uma cláusula que permitisse a qualquer das partes não cumprir o dever principal a cargo dela³⁵⁸.

É nesse sentido que, no âmbito do Direito do Consumidor, além daquelas distinções já feitas anteriormente, Fernando Noronha considera que as cláusulas abusivas se distinguem das cláusulas restritivas (ou limitativas) de direitos. As *restritivas* são as cláusulas que especificam circunstâncias em que os consumidores deixam de ter direitos contra os fornecedores, sem que, todavia, se possa falar em um bloqueio de uma obrigação principal desse que atinja o *mínimo contratual*, ou implique limitações de obrigações que fossem contrapartida legítima dos encargos impostos aos consumidores. A distinção entre as cláusulas abusivas e as restritivas está implícita no próprio Código de Defesa do Consumidor, quando, no seu art. 54, § 4º, admite a validade de cláusulas que impliquem “limitação de direito do consumidor”, na medida em que contenham uma condição de eficácia, sejam “redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”³⁵⁹.

a) Cláusula abusiva e onerosidade excessiva

Cláusula abusiva e onerosidade excessiva são figuras distintas. O próprio Código de Defesa do Consumidor permite fazer a distinção, a partir do disposto no seu art. 6º, inciso V. De acordo com o princípio do equilíbrio que permeia o CDC, a “desvantagem exagerada” (art. 51, § 1º) por si só motiva o pedido de exame judicial, para modificação da prestação desproporcional (art. 6º, V, primeira parte)³⁶⁰. Nesse caso permite a redução de cláusulas parcialmente abusivas ou meramente desproporcionais.

Além disso, vale lembrar que o Código permite a declaração de nulidade da cláusula abusiva (art. 51, § 4º), bastando simplesmente a vantagem exagerada, que se verifica diante da natureza do contrato, do interesse das partes e das demais circunstâncias do caso concreto. Uma vez deduzida a pretensão em juízo, se for

³⁵⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 301-302.

³⁵⁹ NORONHA, 2002, p. 223 et seq. Fernando Noronha menciona alguns exemplos de cláusulas restritivas de direitos: as estipulações que, nos contratos de seguro de vida, negam cobertura para moléstias preexistentes; as que, nos seguros de responsabilidade civil, isentam o segurador da obrigação de reparar danos causados quando o veículo segurado for conduzido por condutor embriagado, e as que excluem a obrigação de reparar danos morais (cf. NORONHA, 2002, p. 326-330).

³⁶⁰ Luís Renato Ferreira da Silva assinala que a possibilidade de revisão por incidência do art. 6º, V, primeira parte, se refere à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, “o que não é outra coisa senão a figura da lesão” (SILVA, L., 2001, p. 92). Porém, é preciso esclarecer que, nessa parte do dispositivo, inclui-se a revisão fora do instituto da lesão, pois não há necessidade do elemento subjetivo característico da lesão.

verossímil a alegação ou se a parte for hipossuficiente (art. 8º, VIII), cumpre ao fornecedor provar o contrário, haja vista que tal vantagem advém de presunção *juris tantum*³⁶¹.

A revisão judicial por onerosidade excessiva e superveniente está prevista no art. 6º, V, 2ª parte do CDC, cujo conteúdo possibilita ao juiz revisar cláusula para reencontrar o equilíbrio contratual perdido, não exigindo que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível. Como explica Cláudia Lima Marques, para a sua configuração apenas requer a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato³⁶².

Outrossim, conforme definido na conclusão nº 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano de 2000 - com o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6º, V, do CDC, não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva”³⁶³.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor não obriga, como pressuposto para a revisão contratual e modificação clausular, a imprevisibilidade da desproporcionalidade, como insistentemente se tem exigido até hoje no Brasil, nem exige que o prejuízo atinja uma das partes e simultaneamente beneficie a outra, como dá a entender a regra do art. 478 do Código Civil³⁶⁴.

Em suma, a partir da disciplina do Código de Defesa do Consumidor é possível verificar que cláusulas abusivas e onerosidade excessiva superveniente são dois conceitos legais distintos. A teoria do controle das cláusulas abusivas e da onerosidade excessiva, no âmbito das relações de consumo, tem o seu pano de fundo na compatibilidade do exercício da liberdade contratual com o igual direito de todos, consubstanciado nos princípios fundamentais dos contratos.

Mais coerente com a nova realidade contratual, o Código de Defesa do Consumidor procura, através de uma especificação exemplificativa das cláusulas abusivas, vincular concretamente os poderes e órgãos

³⁶¹ FERNANDES NETO, 1999, p. 23.

³⁶² Cf. MARQUES, 1998, p. 413.

³⁶³ MARQUES, 1998, p. 413.

³⁶⁴ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p. 167-187, jul. 1991. p. 181. Segundo Antônio Carlos Efiging, “a excessiva onerosidade imposta a uma das partes contratantes não pode se sobrepor aos objetivos almejados no momento da contratação. Na maioria das vezes, as partes contratantes têm como fator decisivo para a formação do vínculo contratual, a equivalência e equilíbrio das obrigações (ou prestações) assumidas”. Adiante acrescenta: “Na realidade, qualquer obrigação que se mostre indevida, mesmo que não possua expressão financeira, já representa onerosidade a ponto de ensejar a revisão contratual com base na aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva” (EFING, 2002, v. 1, p. 32). Por fim, o autor destaca que a onerosidade excessiva de que trata o art. 6º, inc. V, da Lei 8.078/90 somente revela o interesse de modificar ou revisar obrigações válidas, isto é, quando houver a possibilidade de restabelecer o equilíbrio contratual afetado por fato superveniente à celebração do contrato. De outra parte, proporciona que se examinem até mesmo as condições contratuais já extintas ou obrigações já realizadas, com o fim de buscar a equivalência obrigacional que informou a celebração do contrato (cf. EFING, 2002, v.1, p. 37).

do Estado responsáveis por coibir o desvio do direito de sua função social. Em última instância, trata-se de uma reação contra a amoralidade e certos resultados anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos e da noção de liberdade negativa³⁶⁵, a qual se faz ainda muito presente na teoria do Direito Civil. É na perspectiva de garantir maior efetividade que o Código do Consumidor firma os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé, e desenvolve a narrativa das cláusulas abusivas³⁶⁶.

Antes de observar mais especificamente o regime de nulidade das cláusulas abusivas no Código do consumidor, cabe enfatizar o enquadramento dessa análise na teoria geral.

b) Os efeitos das cláusulas abusivas: o regime de nulidade

Tal como o estudo dos negócios jurídicos, a análise do contrato pode ser dividida em três planos, conforme menciona Fernando Noronha, reportando-se a Pontes de Miranda: em primeiro lugar, é preciso verificar se estão reunidos os elementos de fato para que ele exista (*plano da existência*); depois, é necessário saber se estão preenchidas as condições, ou requisitos, para que ele possa valer, como capacidade dos agentes, declaração de vontade sem vícios, objeto lícito e possível (*plano da validade*); finalmente, ainda que estejam preenchidos os requisitos de validade, é necessário examinar se não estarão presentes fatores que sejam impeditivos da produção dos efeitos manifestados como queridos (*plano da eficácia*)³⁶⁷. Portanto, no exame do contrato cabe indagar se ele contém os *elementos* para existir, os *requisitos* para ser válido³⁶⁸, e os *fatores* para ser eficaz.

³⁶⁵ Cf. FERNANDES NETO, 1999, p. 35,39-40.

³⁶⁶ Essas são algumas das razões por que se afirma que os princípios do CDC permitem contrapor à teoria individualista, demonstram maior sentido de socialização do Direito Privado e se coadunam perfeitamente às diretrizes constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), de conformidade com os ditames da justiça social (art. 170, caput) e de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V). (Cf. 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.)

³⁶⁷ NORONHA, 2003, p. 395-396.

³⁶⁸ Como todo negócio jurídico, o contrato requer, para a sua validade, a observância dos requisitos do art. 104 do Código Civil: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Desse modo, será necessária a presença de *requisitos subjetivos, objetivos e formais*, para que o contrato seja válido, como explica Maria Helena Diniz. Segundo a autora os *requisitos subjetivos* são: a) *a existência de duas ou mais pessoas*, já que o contrato é negócio jurídico bilateral ou prurilateral; b) *capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil*, as quais não devem enquadrar-se nos arts. 3º e 4º do Código Civil, sob pena do contrato ser nulo ou anulável; c) *aptidão específica para contratar*, pois a

A inexistência pressupõe que um contrato nem sequer chegou a ser concluído, enquanto a invalidade pressupõe que ele foi concluído, sim, mas sem que sejam atendidos os requisitos que legalmente é necessário observar na sua conclusão para que daí se sigam os efeitos jurídicos pretendidos.

Também é especialmente importante distinguir as noções de validade e de eficácia. Aplicando a teoria geral dos negócios jurídicos aos contratos, pode-se dizer com Fernando Noronha que, será um *contrato inválido* “aquele que se constitui padecendo de vícios originários, que o impedem de produzir efeitos (nulidade propriamente dita, ou absoluta), ou que o impedirão de produzir, se algum interessado invocar o defeito existente (anulabilidade, ou nulidade relativa)”. E será um *contrato ineficaz* “aquele que, mesmo quando intrinsecamente perfeito, não pode produzir efeitos por lhe faltar alguma circunstância externa, algum fator extrínseco que seria necessário no caso concreto”³⁶⁹. Desse modo, é possível conceber contratos inválidos que mesmo assim sejam eficazes e produzam pelo menos alguns dos efeitos jurídicos, como ocorre nos contratos anuláveis, que somente deixam de produzir efeitos quando for decretada a sua anulação (art. 177).

Como foi dito, a invalidade do contrato pode ocorrer tanto pela nulidade propriamente dita ou absoluta, como pela anulabilidade ou nulidade relativa. Além disso, a invalidade do contrato pode ser *total* ou *parcial*. Um contrato totalmente inválido será aquele que carrega um vício que atinge todo seu conteúdo como, por exemplo, a omissão da forma legal (arts. 104, III e 107). Contrato parcialmente inválido será aquele que apenas algumas cláusulas serão inválidas como, por exemplo, as cláusulas abusivas cuja nulidade não invalide o contrato na parte constituída sem vício.

Essas noções permitem indicar um caminho para o enquadramento das cláusulas abusivas. Um contrato que contém cláusulas abusivas, efetivamente, se trata de um contrato existente. De outra parte, também

ordem jurídica impõe certas limitações à liberdade de celebrar determinados contratos; d) *consentimento das partes contratantes*, visto que o contrato é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios (erro, dolo, coação, lesão estado de perigo, simulação e fraude) sobre a existência e natureza do contrato, o seu objeto e as cláusulas que o compõem. Os *requisitos objetivos* dizem respeito ao objeto do contrato, ou seja, à obrigação constituída, modificada ou extinta: a) *licitude de seu objeto*, que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes; b) *possibilidade física e jurídica do objeto*; c) *determinação de seu objeto*, pois este deve ser certo ou, pelo menos, determinável; d) *economicidade de seu objeto*, isto é, deverá versar sobre interesses economicamente apreciáveis. Os *requisitos formais* são atinentes à forma do contrato. Atualmente não há rigorismo quanto à forma, pode ser oral ou escrita, por meio de instrumento público ou particular (art. 107 e 111). A regra é a liberdade quanto à forma, conforme determina art. 107, do Código Civil (cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27-31).

³⁶⁹ NORONHA, 2003, p. 396. Segundo o autor, a *ineficácia pode ser definitiva ou temporária*. Por exemplo, o contrato simulado é definitivamente ineficaz; o contrato sob condição suspensiva é exemplo de ineficácia temporária. Também pode ser *ineficácia absoluta* ou *relativa*. Será *absoluta* quando se opera em relação às partes e terceiros; ou *relativa* quando não produz efeitos em relação a terceiros, ou a certas categorias de terceiros. O contrato firmado por representante sem poderes é ineficaz em relação ao representado até que seja ratificado por este (cf. *Idem*, p. 397).

será um contrato eficaz, na medida em que produza pelo menos alguns dos seus efeitos jurídicos, porém, sempre será um contrato que apresenta implicações problemáticas no âmbito da validade.

As cláusulas abusivas atingem diretamente o plano da validade, por que elas constituem um vício originário do contrato que, pelo menos, nessa parte impede-o de produzir efeitos desde sua formação. Essa parte do conteúdo contratual considerada abusiva é nula em sentido absoluto, ou nula de pleno direito, como se refere o art. 51, do CDC.

Por outro lado, trata-se de uma nulidade parcial. A nulidade de cláusula abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes, como preceitua o art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. E de acordo com o Código Civil, será possível essa invalidade parcial desde que respeitada a intenção das partes e seja separável da parte válida, conforme determina o art. 184.

As cláusulas abusivas sempre existiram, ainda que lhes fossem atribuídas outras designações, como cláusulas leoninas, vexatórias, etc. No direito brasileiro, os efeitos da velha cláusula leonina (art. 1008 do CC, antigo art. 1.372) são os mesmos da moderna cláusula abusiva, isto é, nulidade.

O fato das cláusulas abusivas serem nulas em sentido próprio (ou de pleno direito) insere-as no âmbito dos atos nulos, distinguido-se do regime dos atos meramente anuláveis.

As nulidades absolutas operam *ipso jure* ou *ipsa vi legis*, decorrem da lei operando de pleno direito. Isto significa que a nulidade absoluta das cláusulas abusivas opera sem necessidade de ser invocada por quaisquer interessados, ou seja, sem precisar de uma declaração de vontade no sentido de que se produzam os efeitos correspondentes à nulidade. Significa também que ela pode ser declarada *ex officio* pelo juiz, sempre que no processo tenha elementos para se verificar a sua existência, pois a nulidade absoluta é de interesse público³⁷⁰, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes (cf. art.168, parágrafo único). Outrossim, por motivos de interesse público a nulidade é insanável por confirmação dos interessados.

Ao enquadrarem-se no âmbito das nulidades absolutas, as cláusulas abusivas podem ser invocadas por qualquer pessoa que tenha interesse em que se não produzam em relação a si os efeitos do respectivo contrato³⁷¹. O interessado aqui significa qualquer sujeito que de algum modo possa ser afetado pelos efeitos que tal cláusula contratual abusiva tendia a produzir. Nesta linha de raciocínio, verifica-se que a nulidade da cláusula

³⁷⁰ Cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1960. v. 1. p. 417.

³⁷¹ Cf. ANDRADE, 1960, p. 417.

abusiva, por se revestir de caráter de ordem pública, em que está explícito o interesse da coletividade, pode ser argüida inclusive pelo Ministério Público (art. 168 do CC).

Ademais, a sentença que reconhece a nulidade de cláusula abusiva tem efeito *erga omnes*, enquanto os efeitos da decisão que afirma a existência da anulabilidade limita-se às partes que a alegaram, excetuando-se apenas as hipóteses de solidariedade ou indivisibilidade (cf. art. 177, segunda parte).

Por se caracterizarem como nulidade absoluta, as cláusulas abusivas não produzem qualquer efeito desde sua origem, isto é, ao serem declaradas como tal, pela sentença judicial, essa declaração opera *ex tunc*, e a cláusula, por ser absolutamente inválida, nunca se integra ao contrato ou produz efeitos jurídicos. Desse modo, o aderente não necessita aguardar a sentença para deixar de cumprir as cláusulas abusivas elencadas na lei, compreendidas na cláusula geral³⁷² ou censuradas de alguma outra forma pelo direito.

A nulidade absoluta das cláusulas abusivas é insanável pelo decurso do tempo. Sendo perpétua, pode ser invocada a qualquer tempo, quer por via de ação, quer por via de exceção ou defesa. A decretação de nulidade de cláusula abusiva não está sujeita a prazo.

Conclui-se, portanto, que o regime das cláusulas abusivas encontra-se a partir da análise do âmbito da *validade* do contrato. A cláusula abusiva deverá ser tratada como um caso de *nulidade propriamente dita* ou *absoluta*. A decretação de nulidade deve priorizar o enquadramento do contrato no âmbito da invalidade parcial, ou seja, preconizar a conservação do contrato, invalidando-se apenas a cláusula abusiva. Uma vez nulificada a cláusula, se ficar assegurado o justo equilíbrio do conteúdo contratual, conserva-se o contrato.

c) O regime de nulidade das cláusulas abusivas no Direito do Consumidor

O Direito do Consumidor procura sempre preservar o princípio do equilíbrio contratual (art. 4º, III, e art. 51, IV e § 1º), de modo que o conteúdo das relações de consumo, desde sua conformação até a sua extinção, deve guardar uma razoável proporção entre os direitos e obrigações, riscos e ônus, prestações e contraprestações, etc.³⁷³. As cláusulas que ofenderem esse princípio básico serão absolutamente nulas.

De acordo com a disciplina jurídica do Código do Consumidor, para a constatação da abusividade de cláusulas contratuais nas relações de consumo, não há necessidade de apreciação do dolo, da culpa e, a *fortiori*, do aspecto subjetivo. É sem valor a análise do aspecto intencional, da má-fé ou da eventual

³⁷² Cf. GALDINO, 2001, p. 153.

premeditação. Basta a configuração do ato comissivo ou omissivo e a sua afronta aos princípios fundantes ou apenas a um deles³⁷⁴. E, nos contratos de consumo há possibilidade de inversão do ônus probatório em benefício do consumidor (art. 6º, VIII), assim o predisponente poderá ser chamado a demonstrar que não incorreu na caracterização de estipulações abusivas.

O regime geral indicado para o controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo é o da nulidade insanável³⁷⁵, ou de “pleno direito” (art. 51, *caput*), insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo ou de confirmação pelas partes; e podendo ser invocada a qualquer tempo.

Em que pese o regime geral seja o da nulidade absoluta, todavia, numa visão mais acurada, observa-se que algumas hipóteses sempre são consideradas abusivas (*cláusulas negras*); em outras, existe a presunção de abuso, admitindo prova em contrário (*cláusulas cinzas*); e, por fim, algumas hipóteses haverá que demonstrar o caráter abusivo, para conseguir a nulificação (*cláusulas amarelas*), como designa Fernando Noronha³⁷⁶. Embora, sempre que seja constatado que a cláusula é abusiva ela será nula.

Ademais, pelo princípio de conservação dos pactos realizados, se a cláusula abusiva, por si mesma, não contagia o negócio todo, mantém-se o mesmo contrato quando seja possível reduzi-la ou extirpá-la. Como explica Fernando Noronha, a redução só é possível se a parte nula for separável da válida, conforme diz o art. 184 do Código Civil. Mas a solução tradicional, de acordo com o art. 184, exige respeito à “intenção das partes”, por isso a “vontade conjectural” das partes deve ser levada em consideração³⁷⁷.

Ao contrário, o regime do CDC se afasta desse entendimento: para a nulidade de cláusula abusiva, não se atende à vontade do fornecedor; o contrato continua válido e a cláusula é declarada nula, mesmo que o contrato não tivesse sido celebrado sem ela, conforme art. 51, § 2º. Uma compreensão salutar, fruto de uma nova mentalidade que incrementa o papel do juiz nas atividades de solução de litígios e de concretização da lei.

³⁷³ Cf. NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 497.

³⁷⁴ Segundo Fernandes Neto a desobediência a qualquer princípio da lei consumerista, dentre os quais a proporcionalidade, equidade, e boa-fé, implica a prática de ato abusivo, o qual se pode dar de forma comissiva ou omissiva, mesmo sem se falar em deturpação intencional (cf. FERNANDES NETO, 1999, p. 29-30 e p. 125).

³⁷⁵ Na lei alemã de 1976 (§§ 9, 10, 11 AGBGB) a sanção é a ineficácia das cláusulas abusivas; na lei francesa de 1978, (art. 35) é a sua declaração como “não escritas” ou não inclusas no contrato, o que alguns consideram semelhante à nulidade e outros à inexistência; finalmente na lei portuguesa e luxemburguesa a sanção é a nulidade, que acaba levando à ineficácia (cf. MARQUES, 1998, p. 405).

³⁷⁶ Cf. NORONHA, 2002, p. 334 et seq. Essa designação em parte tem suas raízes na lei alemã. Como explica Cláudia Lima Marques, a lei alemã de 1976 “prevê duas listas de cláusulas, uma de cláusulas sempre consideradas ineficazes (a chamada *lista negra* do § 11) e a outra, com cláusulas que podem, a critério do juiz, ser consideradas ineficazes (*lista cinza* do § 10). Para englobar os casos não previstos expressamente nas listas, traz o § 9º da lei alemã uma cláusula geral de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé e que criem uma vantagem exagerada” (MARQUES, 1998, p. 410).

³⁷⁷ Cf. NORONHA, 2002, p. 338 et seq.

Por fim, o regime estatuído pelo CDC possibilita a declaração de nulidade de cláusulas integralmente abusivas, ou a redução de cláusulas que são apenas *parcialmente abusivas*, meramente *excessivas* ou *desproporcionais*, sem apelar para causas supervenientes de revisão contratual, isto é, sem a necessidade de recorrer à imprevisibilidade³⁷⁸.

2.4 O problema da tutela do contratante vulnerável fora das relações de consumo

Agora resta saber se há ainda alguma outra evidência da necessidade de controle das cláusulas abusivas nos contratos em geral, e evidenciar outras características básicas do problema da tutela do contratante vulnerável, fora das relações de consumo. Essa análise contribuirá para que depois se possa elaborar uma perfeita investigação sobre os critérios para a constatação e configuração ou não de cláusulas abusivas, e sobre a aplicabilidade do controle a todas as relações jurídicas privadas.

2.4.1 O âmbito da proteção contra cláusulas abusivas instituído pelo CDC

A proteção do consumidor foi elevada à categoria de direito fundamental na Constituição de 1988, insculpido no art. 5º XXXII, e positivado na Lei 8.078 em 1990. Foi fruto da necessidade de adequação do sistema jurídico às novas demandas sociais que perturbavam as codificações presas a uma concepção liberal clássica, muitas vezes alheia à prática e às anomalias presentes nas relações contratuais de consumo. Clamava-se por novas formas protetivas que não eram previsíveis dentro da mentalidade dos antigos Códigos.

Como é sabido, desde há muito, a prática comercial havia vulgarizado a forma padronizada e de adesão, reduzindo o número de contratos individualizados e, com eles, as cláusulas de comum acordo, delineadas pela negociação de detalhes das partes: nasceram as chamadas cláusulas gerais dos contratos, previamente estabelecidas pelo proponente e geralmente em seu benefício. O contrato já não poderia ser considerado acordo

³⁷⁸ A redução da cláusula a limites razoáveis também é admitida, em hipótese similar, pelo art. 591 do C.C., quando dispõe que os juros no mútuo não poderão, sob pena de redução, exceder a taxa legal de juros moratórios. Cf. NORONHA, 2002, p. 338, 345-346; cf. também SILVA, L., 2001, p. 45.

na declaração de vontades. Por isso, uma medida para restabelecer o equilíbrio foi buscar a proteção da parte mais fraca através da codificação dos direitos do consumidor.

No âmbito de proteção estabelecido pelo Direito do Consumidor, como visto, as cláusulas abusivas receberam atenção especial, precisamente em função da difusão dos contratos padronizados e de adesão, que forçaram o legislador a regulamentá-las. Como elas podem surgir em contratos de consumo sem padronização nem adesão, o legislador oferece proteção a todos os contratos de consumo. Mas, assim como nem todos os contratos de consumo são padronizados e de adesão, também nem todos os contratos padronizados e de adesão são de consumo. Quer isto dizer que nem todos os contratos padronizados e de adesão, com seu espaço propício para as cláusulas abusivas, são tutelados pelo CDC. Quando estabelecidos em vinculações contratuais que não possam ser inseridas em relações de consumo, em princípio estarão excluídos da tutela prevista no CDC³⁷⁹. Mas, quais são os contratos de consumo? Há controvérsias quanto a essa caracterização.

Portanto, convém definir claramente quais as relações contratuais que recebem a “proteção contratual” direta do Código de Defesa do Consumidor, sem qualquer análise sobre a busca de extensão da proteção. Ao compreender-se o alcance dessa legislação tutelar instituída, saber-se-á, por exemplo, em que casos poderão os empresários litigar uns contra os outros, com um deles invocando a qualidade de consumidor, e sem socorrer-se a uma eventual equiparação a esse, conforme o art. 29.

No ensejo de visualizar quais os contratos que estão fora do âmbito do Direito do Consumidor, definir-se-ão as relações contratuais de consumo. Em contrapartida, será possível verificar que há uma infinidade de contratos semelhantes que não se beneficiam diretamente dessa proteção específica. Assim, se verá com maior clareza quais contratos que, em princípio, não estão protegidos pelo CDC, para os quais se poderia pensar, posteriormente, alguma alternativa nesse sentido. Esse assunto precisa ser estudado neste momento.

a) Caracterização dos contratos de consumo

Desde logo, cabe estabelecer uma noção legal dos contratos de consumo: são de consumo “os contratos que regulam relações de consumo”, isto é, todos os contratos celebrados nas relações entre “fornecedores” e “consumidores”, para “fornecimento de produtos e serviços” (Código, arts. 2º, 3º, 46 e 51).

³⁷⁹ Cf. NORONHA, 2002, p. 241.

Portanto, no conceito de relação contratual de consumo, é essencial a presença de um consumidor, um fornecedor e o fornecimento de produtos ou serviços. A conceituação desses termos envolve um campo de profundas polêmicas, as quais não há condições de aprofundar, dada à exigüidade do espaço; assentimos, porém, que são fundamentais para a compreensão do âmbito de proteção do CDC.

Como ensina Fernando Noronha, “as relações de consumo têm como razão de ser produtos e serviços, que os fornecedores intentam colocar no mercado. A própria caracterização dos sujeitos da relação obrigacional de consumo, em especial do consumidor, está vinculada à questão de saber o que sejam produtos e serviços”³⁸⁰.

O Código procura caracterizar produtos e serviços, nos §§ 1º e 2º do art. 3º, preceituando que produto “é qualquer bem, móvel, material ou imaterial”; e que serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Mas, para o Direito do Consumidor, só interessam os produtos e serviços de que os consumidores sejam destinatários finais. É essa *destinação final* que indica a natureza do produto ou serviço como sendo de consumo. Assim, o Direito do Consumidor considera apenas as coisas e os fatos que sejam considerados *bens de consumo*, por contraposição a *bens de produção*³⁸¹.

Outro elemento essencial para que se configure uma relação de consumo está 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”.

Essa noção legal de “fornecedor” é clara: importa saber que “de consumo serão os contratos celebrados pela empresa no âmbito da sua atividade econômica, que disserem respeito à alienação de produtos ou à prestação de serviços e tiverem consumidores como contrapartes”³⁸².

Então, a noção de atividade econômica também se mostra importante para fixar quem é o fornecedor³⁸³. Essa é a atividade “profissionalmente organizada, de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços” (cf. art. 966 do C.C. e art. 3º do CDC). Por exemplo, o contrato não será de consumo

³⁸⁰ NORONHA, 2002, p. 104.

³⁸¹ Cf. NORONHA, 2002, p. 104.

³⁸² NORONHA, 2002, p. 222.

³⁸³ Como bem observa Alberto Amaral Júnior, “os bens ou serviços devem ser colocados no mercado por alguém que se encontre no exercício da atividade empresarial. A relação de consumo não ocorre entre comerciantes ou particulares apenas” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993. p. 107).

quando um cidadão comum vende a outro um veículo usado, ou dá em locação um apartamento³⁸⁴, ou mesmo quando o profissional vende objeto seu, sem qualquer relação com a atividade comercial. Se de um lado não há um fornecedor, não há um contrato de consumo; mesmo que do outro lado ainda haja um consumidor, em princípio este estaria excluído da proteção do CDC. Em hipóteses como essas, as relações contratuais que apresentarem cláusulas abusivas aparecem problemáticas.

Além disso, para a incidência do Código, não basta que haja “produtos ou serviços” e um “fornecedor”, é necessário ainda um “consumidor”. Saber quem é a pessoa que adquire os produtos ou utiliza os serviços, qual é a finalidade que tem em vista, será fundamental para a distinção entre bens de produção e de consumo. Neste ponto surge a necessidade de perquirir o conceito de *consumidor*, que é mais polêmico do que os anteriores.

Existem basicamente duas direções para definir o consumidor, conforme as correntes subjetivista e objetivista. A subjetivista enfatiza a pessoa física consumidora, o não profissional, como parte vulnerável merecedora de tutela, “se interessa mais sobre a pessoa do que sobre o ato, mais sobre a intenção do que ao fato”³⁸⁵; e a objetivista realça a condição de “destinatário final” dos produtos ou serviços.

³⁸⁴ 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, esse não tem aplicação”. Pois “somente poder-se-ia falar em fornecedor se o locador desenvolvesse atividade de locação de imóveis, isto é, se se pudesse caracterizar a locação como um serviço oferecido (como o faz, por exemplo, uma locadora de automóveis)”. Ou seja, “não se deve confundir a relação existente entre locador e locatário, com a relação existente entre as imobiliárias e o locador e/ou locatário. As imobiliárias, que regularmente intermedeiam relações de locação de imóveis, são típicas fornecedoras, prestadoras de serviços e, nas relações com elas estabelecidas, há incidência, dentre outras normas, das regras do CDC” (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 271).

³⁸⁵ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 07-51, [1992]. p. 26. Thierry Bourgoignie faz uma interessante análise das vantagens e desvantagens de se adotar a concepção objetivista ou a subjetivista da definição jurídica de consumidor e conclui: “Somente uma compreensão subjetivista do fenômeno do consumo centrada sobre a pessoa do consumidor e sobre as condições nas quais ele realiza seu papel no centro do ciclo de produção-distribuição-troca-consumo, permitem revelar as oposições que atravessam o campo do consumo, identificar as fraquezas e necessidades do grupo sócio-econômico ‘consumidor’ no seio do ciclo e chegar assim a uma definição mais exata dos remédios que o direito é suscetível de trazer à situação do consumidor. Longe de se afastar a realidade econômica, uma tal tentativa dá conta das reais influências que se exercem sobre a função de consumir e os desequilíbrios que caracterizam as relações de consumo no centro do sistema econômico, influências e desequilíbrios que a concepção objetiva da definição do consumidor tende a passar silenciosamente, se não até negar” (BOURGOIGNIE, [1992], p. 26). Adiante o autor admite a seguinte extensão do conceito de consumidor, nessa corrente subjetivista: “Partindo-se da presunção que o profissional não é consumidor, deve ser deixada ao profissional a faculdade de tomar essa qualidade, desde que ele preencha duas condições, que se acumulam: de uma parte, a ausência de similitude entre o bem e o serviço que são objeto do ato para o qual o profissional reclama sua qualidade de consumidor, e os bens ou serviços que são objeto de sua especialidade comercial ou profissional; de outra parte, a pequena dimensão de sua empresa revela uma presumível fraqueza no mercado. A qualidade de consumidor ver-se-á recusada ao profissional, mesmo de dimensão modesta e sem força efetiva no mercado, que opera, por necessidade de sua atividade comercial ou profissional, operações ligadas à sua especialidade. Ela (qualidade de consumidor) também será recusada ao profissional que atua fora de sua especialidade, e portanto sem particular

Para construir o conceito legal de consumidor do CDC é preciso conjugar o art. 2º e o art. 4º, I, do CDC. Em primeiro lugar, o que merece mais destaque é precisamente o art. 2º, de acordo com o qual consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Mas é importante combinar a idéia de “destinatário final” com uma outra, a de “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, que está no art. 4º, I, e que é “o grande princípio cardeal do Direito do Consumidor”. Consumidor é efetivamente o destinatário final dos produtos ou serviços oferecidos no mercado, mas ele é protegido não propriamente por ser destinatário final e sim porque, nessa condição, é “vulnerável”³⁸⁶, em decorrência da padronização e da desigualdade de poder negocial.

O legislador brasileiro fez concessões aos subjetivistas, reconhecendo a condição de vulnerabilidade dos consumidores, porém adotou a corrente objetivista³⁸⁷. O Código é objetivista, enfatiza a “posição de elo final da cadeia de distribuição da riqueza”, deixando em segundo plano a vulnerabilidade do consumidor. Por isso, toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza um bem ou serviço na condição de “destinatária final”, cumpre a condição necessária e suficiente para caracterizar-se como “consumidor”. Nessa concepção, a característica da “vulnerabilidade” indica “a razão justificativa do especial regime jurídico tutelar”³⁸⁸. Por isso, ela é fundamental para esclarecer outros preceitos do Código, como o art. 29, que mais interessa neste estudo.

A concepção objetivista permite a seguinte conclusão: o Código admite que o empresário seja qualificado como “consumidor”. Ou seja, “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (cf. C.C., art. 966) poderá, sem recorrer à equiparação aos consumidores, invocar as normas tutelares do CDC. Como diz Fernando Noronha, essa categoria pode ser chamada de *consumidores-empresários*: “terão essa condição as entidades que têm como substrato uma empresa, quando sejam destinatárias finais de produtos ou serviços”³⁸⁹.

capacidade mas cuja dimensão ou sua posição no mercado lhe confere alguma força de negociação”. Por hipótese, aquelas empresas que são beneficiadas pela contabilidade simplificada (microempresas) poderiam ser beneficiadas da qualidade de consumidor quando negociam fora de sua especialidade (BOURGOIGNIE, [1992], p. 31).

³⁸⁶ Cf. NORONHA, 2002, p. 126.

³⁸⁷ Rodolfo Camargo Mancuso explica que a experiência estrangeira também registra duas correntes. A subjetivista, verificada no Direito europeu, “aquela que valoriza o conceito de aquisição de bem ou serviço fora do âmbito profissional ou comercial”; nessa, o ponto de vista é o da atividade do consumidor. E a objetivista, que “tem como referência a cadeia de consumo”, cujo elo final, o consumidor, é aquele que “adquire bens e serviços para o atendimento de uma necessidade própria, como último destinatário”. Porém, o CDC parece ter optado pela corrente objetivista, fazendo algumas concessões à subjetivista; ou, mais precisamente adota uma definição que envolve um conceito misto, entre a teoria objetiva e a subjetiva (cf. MANCUSO, 1999, p. 165 et seq.).

³⁸⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 126.

³⁸⁹ NORONHA, 2002, p. 139.

Sendo destinatários finais de produtos ou serviços, podem ser consumidores-empresas: os industriais, os comerciantes, prestadores de serviços em nome individual (legalmente constituídos sob a forma de firmas individuais ou não), as sociedades empresárias (a sociedade por ações), as sociedades simples (a cooperativa); as empresas públicas e sociedades de economia mista, constituídas para a exploração do comércio ou da indústria, ou para a prestação de serviços; e até mesmo as empresas que antes não eram consideradas comerciais, como as que exercem atividades agrícolas³⁹⁰.

Porém, nem sempre é fácil saber se um empresário está adquirindo produtos ou serviços na condição de *destinatário final*, e não na de *destinatário intermédio*. Daí vale a pena aprofundar um pouco as duas direções, conforme as correntes subjetivista e objetivista.

Em princípio, a corrente subjetivista (finalista, minimalista) acentuava a “vulnerabilidade” para afirmar que o Código daria proteção apenas aos não profissionais³⁹¹, os únicos naturalmente vulneráveis³⁹². Hoje, pelo menos alguns dessa linha tendem a considerar que uma empresa que estiver adquirindo ou utilizando um produto ou serviço na situação de “vulnerabilidade” referida no art. 4º, I, deve ser considerada “consumidora”, à luz do art. 29 [3.4.2.c].

Assim, na atualidade, alguns subjetivistas, percebendo a vulnerabilidade crescente também dos não profissionais, vêm admitindo uma extensão da proteção do Código para os “empresários-consumidores”, pela equiparação amparada no art.29. Nesse aspecto, o dispositivo serviria para pessoas jurídicas que numa concepção objetivista estariam albergadas por serem “destinatárias finais” (art. 2º). Ademais, a idéia da proteção dos vulneráveis, na perspectiva tomada por alguns estudiosos, pode conduzir a uma confusão de conceitos quando a vulnerabilidade passa ser considerada sem amparo no art. 29, para quem não é destinatário final. Uma

³⁹⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 141.

³⁹¹ A Diretiva da Comunidade Européia 93/13 adota essa concepção. Na Itália, a Lei n. 821/1998 dispõe, no art. 2º, 1, que estão na condição de consumidores “as pessoas físicas que adquirem ou utilizam bens ou serviços para objetivos não referíveis à atividade empresarial e profissional eventualmente exercida”.

³⁹² Cláudia Lima Marques considera como consumidores *stricto sensu* apenas os não-profissionais que contratam ou se relacionam com profissionais. Como os subjetivistas (finalistas), ela compreende que é correto interpretar a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, de acordo com os princípios básicos do CDC, expostos nos art. 4º e 6º. A regra do art. 2º tem sua finalidade esclarecida pelo art. 4º, I. Então, consumidor, em princípio, seria o não profissional; os profissionais seriam os consumidores-equiparados, que, quando em condições de vulnerabilidade, teriam os benefícios do CDC. Essa conclusão veio depois que a autora verificou que está correta a tendência da jurisprudência de considerar os profissionais como equiparados a consumidores, em vista do art. 29 e da vulnerabilidade na relação contratual, pois muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu* podem ser atingidas pelas atividades dos fornecedores no mercado (cf. MARQUES, 1998, p.140-141 e 152 et seq.). Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes chegam à conclusão de que o CDC oferece proteção àqueles que são “naturalmente desiguais”; disso “depreende-se que a relação entre profissionais continua a ser regulada pelo Código Comercial, sendo que a entre não-profissionais, pelo Código Civil”. Assim “o reconhecimento da pessoa jurídica como consumidora deve ocorrer excepcionalmente, ficando ordinariamente outorgada tal condição às pessoas físicas, naturalmente desiguais no mercado de consumo, em

pessoa vulnerável, mesmo não sendo destinatária final, poderia invocar a tutela do Código na qualidade de “consumidor”, porém tal proteção somente poderia ser admitida na condição de “consumidor-equiparado”. Talvez, por isso a leitura que caracteriza apenas o consumidor *stricto sensu*, não profissional, como merecedor da tutela especial, ou aquela que tende a assimilar todos os vulneráveis na qualidade de “consumidores” não parecem ser as mais adequadas.

Por seu turno, os objetivistas destacam o aspecto econômico da “destinação final” e dizem que “a empresa só poderá ser considerada consumidora quando os bens por ela adquiridos ou serviços a ela prestados não se incorporem nos bens ou serviços que ela própria oferece no mercado”³⁹³.

Dessa conclusão, depreende-se que as pessoas jurídicas que exercem atividade empresarial são os *consumidores-empresários* (ou empresas consumidoras) e os demais são *consumidores comuns* ou *não empresários*, como é o caso do cidadão comum ou da pessoa jurídica que não exerce atividade empresarial (sindicatos, associações, fundações, etc)³⁹⁴. Englobando essas duas categorias, quando se fala em proteção do consumidor “quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria”³⁹⁵. Nessa linha, fica claro que as empresas podem ser consumidores.

b) A identificação dos consumidores-empresários sob um critério objetivista

Na exposição feita acima, viu-se que os empresários podem ser consumidores, mas ainda não está claro o seguinte: qual é o âmbito abarcado pela atividade empresarial própria, no qual os produtos adquiridos e os serviços prestados *não são bens de consumo* e a empresa não é consumidora? Para destrinçar essa questão é importante saber se um produto adquirido ou um serviço prestado é essencial ao desenvolvimento da atividade da empresa, pois, nessa condição, não estaria sendo o “elo final da cadeia produtiva”, mas tratar-se-ia de um *bem de produção*, e portanto, não haveria um contrato de consumo. É o conceito de *insumo* que oferece uma noção

relação às empresas fornecedoras”. Essa excepcionalidade será para os casos de reconhecida vulnerabilidade (cf. BONATTO; MORAES, 1999, p. 71-82).

³⁹³ NORONHA, 2002, p. 143; cf. COELHO, 1994, p. 47 et seq.

³⁹⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 141.

importante para verificar qual o empresário que merece proteção, na qualidade de “consumidor”, quando adquire um produto ou utiliza serviço fornecido no mercado.

Sem entrar na polêmica sobre os vários critérios que os autores objetivistas apontam para tentar identificar até onde vai o “elo final da cadeia produtiva”³⁹⁶, adotou-se a doutrina de Fábio Ulhoa. Este autor parte do conceito de *insumo* e considera o critério da *indispensabilidade estrita* o melhor para conceituá-lo juridicamente. Segundo ele, *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 econômica³⁹⁷.

Desse modo, se “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”. Por outro lado, se estiverem em causa elementos imprescindíveis para a produção dos bens ou serviços pela empresa, de forma que sem eles há aquelas alterações nos resultados, nesse caso, não existirá “destinação final”, pois teremos

³⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico, financeiro*, São Paulo, ano 13, n. 15/16, p. 89-105, 1974. p. 90.

³⁹⁶ Segundo Fernando Noronha são três, basicamente, os critérios objetivistas 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 (o que contraria o art. 2º do CDC, que se refere às pessoas jurídicas); 2) Outro critério atribui importância “à 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. Assim, enfocando a posição de quem fornece o bem, ao contrário do que dispõe o CDC, visando proteger o “destinatário final”; 3) As empresas seriam consumidoras quando os produtos adquiridos não se inserissem na cadeia de produção ou distribuição de bens que caracteriza a sua atividade própria. Esse critério tem em vista a distinção entre bens de produção e bens de consumo. Nele, o conceito de insumo é importante para possibilitar a exclusão da aplicação do CDC. Por isso, os bens ou serviços adquiridos para serem re-inseridos, ainda que transformados, na *cadeia de produção e circulação*, nunca podem ser considerados de consumo (cf. NORONHA, 2002, p. 144-146). Esse último critério é similar à concepção que Pasqualotto designa como restrita: “só é consumo a aquisição ou a utilização sem finalidade vinculada diretamente (como insumo) nem indiretamente (como uso instrumental) a qualquer atividade econômica”. Desse modo, algo instrumental como os computadores e o material de escritório da empresa, ainda que necessários para o desenvolvimento qualitativo da indústria, estão fora do âmbito do consumo (cf. PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002. p. 98). Roberto Senise Lisboa faz uma observação complementar: “o bem transformado para o uso posterior próprio não retira do adquirente ou utente a situação jurídica de consumidor, ao contrário do que sucede na hipótese de especificação ou transformação com fins de subsequente recolocação da coisa no mercado de consumo” (LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 157). De outra maneira, Marcos Maseli Gouvêa utiliza a noção de fundo de comércio para investigar o conceito de destinatário final e acaba admitindo a empresa como consumidora. Segundo seu critério, tudo aquilo que faz parte do “acervo de bens empregado pelo comerciante na atração de uma clientela”, como o imóvel onde está o estabelecimento, os produtos a serem vendidos, o mobiliário, etc., componentes do *fundo de comércio* ou *fundo de fornecimento*, fazem parte do conjunto de bens do fornecedor não pode ser tutelado pelo Código; “circunscreve essa tutela, entretanto, às hipóteses em que a empresa não age na qualidade de empresa, ou seja, quando essa adquire produtos e serviços que não compõem o fundo de fornecimento” (GOUVÊA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 23-24, p. 187-192, jul./dez. 1997. p.191-192).

³⁹⁷ Cf. COELHO, 1994, p. 50.

insumo. Assim, esse empresário estaria excluído do conceito de relação contratual de consumo; porque não é “destinatário final”, portanto, de consumidor não se trata³⁹⁸.

Nas hipóteses em que os produtos adquiridos ou serviços prestados voltam para o mercado, está clara a não aplicação do CDC, mas a dificuldade surge quando se trata de “hipótese em que não se verifica a intermediação física do bem ou serviço”, por exemplo, quando a empresa adquire utensílios mobiliários, serviços de dedetização do estabelecimento, etc. Nesses casos o bem deixa de circular e por isso, à primeira vista, o empresário poderia ser considerado destinatário. Porém, do “ponto de vista econômico, esses bens ou serviços se incorporam aos oferecidos ao mercado de consumo pelo empresário que os adquiriu. Em uma palavra, são insumos”³⁹⁹. Assim, a compra de peças de decoração para uma sala, de presentes de fim de ano aos clientes ou de veículo para o uso de diretor são de consumo; já a aquisição da energia elétrica, a utilização da telefonia, etc, são casos em que não existe “destinação final”, é insumo. Outras vezes, a situação é ainda mais complexa e o critério não é infalível⁴⁰⁰.

Observe-se a concepção de José Geraldo Brito Filomeno para contrastar o enquadramento da dedetização e verificar que há outras implicações que podem ser apostas ao conceito. Segundo ele, é essencial verificar o seguinte: “a) se o “*consumidor-fornecedor*”, na hipótese concreta, adquiriu bem de capital ou não; b) se contratou serviço para satisfazer a uma necessidade ou que lhe é imposta por lei, principalmente por órgãos públicos, ou que é da natureza de seu negócio, sem qualquer ligação com os insumos de produção”. Para exemplificar a concretização dessas hipóteses, o autor lembra “a aquisição de alimentos, preparados ou não, para o fornecimento aos operários de uma indústria, ou então a compra de máscaras protetoras contra poeiras tóxicas. No segundo, a contratação de serviços de dedetização de um galpão industrial ou serviços de educação para a creche construída para os filhos dos operários”⁴⁰¹.

Ora, desse modo Brito Filomeno dá-nos a entender que o serviço de dedetização estaria incluído naquela proteção, diferentemente do que concluiu Fábio Ulhoa anteriormente. Contudo, parece que ambos convergem na idéia de que “pouco importa, desde que haja manifesta *destinação final*, que se cuide de *despesa*

³⁹⁸ Cf. COELHO, 1994, p. 50.

³⁹⁹ COELHO, 1994, p. 47.

⁴⁰⁰ O critério da indispensabilidade estrita para identificar o que seja insumo não é infalível. O próprio Fábio Ulhoa faz consideração quanto à possibilidade de certas situações limites. Por exemplo, o caso da energia elétrica empregada para a iluminação de uma sala e a utilizada para o funcionamento de um ar condicionado para a mesma sala. A primeira é indispensável, enquanto da segunda pode-se prescindir. Já que o contrato de fornecimento de energia não poderia ser dividido ao meio para submetê-lo parcialmente ao Código de Defesa do Consumidor, nesse caso o autor assevera que teria de predominar o “critério da indispensabilidade estrita, incluindo-se como ato de insumo, resolvendo-se as questões correspondentes à luz do Código Comercial” (COELHO, 1994, p. 50).

⁴⁰¹ FILOMENO, 2000, p. 37.

ou *custos* da pessoa jurídica. O que importa indagar é se os referidos itens são adquiridos ou não para a destinação final”, como diz Filomeno⁴⁰².

De acordo com a concepção objetivista é possível distinguir destinatário final, destinatário intermédio e destinação mista. *Destinatário final* é quem está no final da cadeia da produção-distribuição-consumo, é quem retira o bem do mercado com fim de suprir necessidades, utilizando-o ou consumindo-o sem que ele volte para o mercado. Destinatário final contrapõe-se a *destinatário intermédio*⁴⁰³. É intermédio ou fornecedor aquele que adquire o produto para utilizá-lo com o fim de lucro em sua profissão, seja como matéria-prima para a produção de outros bens ou não⁴⁰⁴.

Existem alguns casos problemáticos como são aqueles que envolvem a *destinação mista*, ou *com finalidades mistas*. É o caso do bem que ao mesmo tempo é utilizado pela empresa e pela família. São exemplos o carro da empresa que é também carro de passeio da família, ou um telefone que serve para uso da família e para contactar os clientes. Nesse caso, o acessório segue o principal⁴⁰⁵.

Em suma, pela definição objetivista de consumidor, e de acordo com essa conceituação de insumo reportada a bens de produção, não há dúvidas de que os contratos unilateralmente empresariais, como os contratos de fornecimento, e os contratos interempresariais, estão fora do âmbito dos contratos de consumo.

⁴⁰² FILOMENO, 2000, p. 37.

⁴⁰³ Carlos Alberto Bittar aponta que estão abarcadas pelo regime do CDC as relações com consumidores finais. Dessa forma, “apartam-se, pois, de seu contexto, as operações referentes ao denominado ‘consumo intermédio’, ou seja, decorrentes de uso por empresas de bens ou de serviços para o próprio processo produtivo (compreendendo, pois, bens chamados ‘indiretos’ ou de produção, ou seja, que não satisfazem diretamente necessidades, ou porque requerem transformação para o consumo, como as matérias-primas, ou porque atuam como instrumentos, como as máquinas, combustíveis e outros)” (BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor* (lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 25).

⁴⁰⁴ Tem sido interessante a discussão sobre a aplicação do CDC em relação ao crédito ao consumo. Na verdade, quem procura capital junto aos bancos para investir em atividades ligadas ao círculo da produção, ou seja, quem faz um financiamento para aquisição de bens ou utilização de serviços numa atividade empresarial não realiza um contrato de consumo. “Não serão consumidores as pessoas que obtêm financiamentos bancários para finalidades que não sejam a aquisição de bens de consumo ou a prestação de serviços em que tenham a condição de destinatárias finais. O crédito ao consumo, porém, tendo como destinatário o consumidor, que vai empregar o dinheiro no mercado (e dinheiro, recorde-se, sendo coisa, só pode ser caracterizado como produto fornecido e não como serviço prestado) na aquisição de produtos ou no pagamento de serviços que lhe sejam prestados, ficará sob a alçada da tutela consumerista” (NORONHA, 2002, p. 129). Essa corrente doutrinária que caracteriza o crédito ao consumo como merecedora de proteção do CDC tem sido acolhida no STJ, conforme enuncia a seguinte ementa: “Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula Penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. *A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.* 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. 22.626/33), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do art. 924 do CC., o que mostra o acerto da regra do art. 52, parágrafo 1º do CODECON, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários” grifou-se. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Especial 57.974-0-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado dia 29/04/1995, publicado 29/05/1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 03 de setembro de 2002).

Também ficou visto anteriormente que a noção de atividade econômica (empresarial) é essencial para caracterizar o “fornecedor”; e, sem a presença deste na relação contratual, também não se celebrará um contrato de consumo. É o que ocorre na compra e venda ou na locação entre cidadãos comuns, ou ainda quando o profissional realiza um contrato sem qualquer relação com alguma atividade econômica que desenvolva profissionalmente. Não sendo caracterizado como fornecedor, não há um contrato de consumo, mesmo que do outro lado ainda haja um consumidor.

Assim, após analisar brevemente alguns pressupostos específicos que, de regra, precisam ser considerados para a aplicação imediata do CDC, verifica-se que muitos contratos, embora realizados entre partes “fortes” e “frágeis”, não têm a proteção que o CDC oferece para as relações contratuais de consumo.

No entanto, isso não significa que aqueles que estejam fora do âmbito das relações contratuais de consumo fiquem desprotegidos. É justamente com eles a preocupação fundamental deste estudo. Sob uma análise interpretativa profunda, o CDC pode ser um importante canal para oferecer-lhes proteção. Como se verificou, é a “vulnerabilidade” (art. 4º, I, do CDC) a justificativa do regime de proteção dos consumidores. Então, qual é a tutela merecida por alguém que contrata, fora do consumo, em situação de vulnerabilidade? Qual a proteção designada a essas pessoas pelo art. 29 do CDC? Dependendo da resposta que se dê a essa questão, eventualmente muitas dessas pessoas e entidades, que em princípio estariam fora da tutela do CDC, poderão se beneficiar de alguma proteção reflexa, ao abrigo do art. 29. Antes de tratar dessas questões é mister explicitar um pouco mais o problema, relacionando a proteção contratual do Código Civil e a proteção do CDC.

2.4.2 O problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais

a) Cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais é problema antigo

Desde o regime jurídico estabelecido no velho Código Civil, a jurisprudência e a doutrina mais atenta aos novos fenômenos defrontavam-se com o problema das cláusulas causadoras de desequilíbrio contratual, resultantes da prevalência de uma das partes sobre a outra, e procuravam possibilidades de coibi-las⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Cf. NORONHA, 2002, p. 127-128.

⁴⁰⁶ Paulo Neto Lôbo dá-nos o seguinte testemunho: “O direito brasileiro, mesmo antes do Código do Consumidor, repelia as cláusulas abusivas mais freqüentes, não se restringindo às relações com o consumidor

No passado, o fenômeno das cláusulas abusivas não era reconhecido como na atualidade, mas nos escassos recursos às outras figuras análogas e proibições legais respectivas, bem como ancorando-se na interpretação a partir de princípios, os juízes vanguardistas encontravam no ordenamento oportunidades para uma atividade revisora do contrato, a fim de que se considerassem nulas, estipulações abusivas inseridas nos contratos. No entanto, num ambiente dominado pela concepção tradicional, que só admitia o exame externo do contrato, o controle esteve basicamente restrito às chamadas cláusulas *ilícitas*.

A análise dos termos em que era possível a declaração de nulidade de cláusulas, na perspectiva do velho Código, permite concluir que seu pano de fundo estava profundamente marcado pela intenção de “manutenção da couraça que revestia o contrato, impermeabilizando-o a qualquer atividade modificativa alheia à vontade das partes”⁴⁰⁷. Sua preocupação era atender, em primeiro lugar, ao dogma da autonomia privada. Em função disso é que se proibiam as cláusulas potestativas e leoninas (que, hoje, podem ser coibidas com base no princípio do equilíbrio contratual), ou outros abusos, como a excessiva unilateralidade na fixação de elementos essenciais do negócio. Teoricamente tais institutos se justificavam com o objetivo de atender à ordem pública e aos bons costumes, e tutelar os elementos essenciais do contrato (sujeito, objeto, forma e consentimento)⁴⁰⁸.

Assim, na perspectiva teórica construída a partir do Código de 1916, os vícios do consentimento, incapacidades, ilicitude ou impossibilidade do objeto poderiam conduzir à anulação ou nulidade. Por exemplo, vedava-se, inclusive, a unilateralidade de certas cláusulas sobre o objeto, que poderiam ser declaradas nulas, como a fixação unilateral do preço na compra e venda (art. 1.125, correspondente ao art. 489 do Código de 2002, na verdade, regra presente já no art. 122, 2ª parte)⁴⁰⁹.

b) Garantias efetivas de proteção no Código Civil e no CDC

final. A título de exemplo, os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, sempre consideraram a suposta cláusula de eleição de foro, em contratos de adesão, que beneficiavam o domicílio da empresa predisponente (fornecedor), mesmo quando o bem ou serviço não se destinasse a consumidor final mas a atividade de outra empresa” (LÓBO, 1994, p. 46). Também nos contratos de consumo, mesmo antes de o CDC entrar em vigor, a jurisprudência já coibia as cláusulas abusivas. Um julgado ilustrativo, nesse sentido, foi dado na Apelação Cível 589055680, datada de 19 de setembro de 1989, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando o então relator, hoje Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Júnior escreveu no decisório: “Enquanto a legislação brasileira não for modificada para acompanhar a atualidade dos negócios, cabe ao juiz exercer o controle da validade das cláusulas contratuais gerais”. Dessa forma, em um contrato de consórcio padronizado e de adesão, foi considerada abusiva a cláusula que previa a devolução sem correção (cf. *Revista de Jurisprudência do TJRS*, Porto Alegre, n. 146, p. 309-313, jun. 1991. p. 311).

⁴⁰⁷ SILVA, L., 2001, p. 44.

⁴⁰⁸ Cláudia Lima Marques avalia que essa é ainda a justificativa para coibir as cláusulas potestativas e leoninas, cf. MARQUES, 1998, p. 405-406.

Em termos gerais, pode-se dizer que a abstração da realidade contratual ainda é a perspectiva adotada no novo Código Civil de 2002⁴¹⁰. Muito embora este possa até ser mais amplo do que os códigos tradicionais, contando com alguns indícios de mudanças, como o reconhecimento expresso dos princípios da probidade e boa-fé (art. 422), da função social do contrato (art. 421), e o artigo 424, que preceitua uma norma de narrativa mais concreta em relação às cláusulas abusivas⁴¹¹.

Conforme o artigo 424, nos “contratos de adesão” são nulas as “cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”⁴¹². Esse artigo revela que o legislador do Código Civil também reconhece que os contratos padronizados e de adesão são os mais problemáticos. Essa assertiva é confirmada mais claramente quando o Código determina que, nos contratos de adesão, “dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (art. 423). Porém 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 aos contratos padronizados e de adesão⁴¹³.

No fundo, observado apenas pelas regras, o novo Código Civil de 2002 ainda contém alguns aspectos sob suspeita de conexão com a concepção clássica⁴¹⁴, especialmente pela omissão das garantias de eficácia do equilíbrio contratual genético, ou seja, falta a proteção para que se efetive a equivalência entre

⁴⁰⁹ Cf. SILVA, L., 2001, p. 43-44.

⁴¹⁰ Segundo assinala Fábio Ulhoa Coelho, “a legislação civil sobre contratos pressupõe a existência de partes livres e iguais que transigem sobre os seus respectivos interesses, com pleno domínio da vontade. As pessoas, nesse contexto, contratam *se quiserem, com quem quiserem e como quiserem*. A idéia de ser o contrato lei entre as partes corresponde a esse cenário pressuposto das normas civis e empresariais civilista e comercialista” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito Comercial*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100). Judith Martins-Costa tem uma visão bem mais otimista das potencialidades da disciplina do novo Código, através das “cláusulas gerais” como ela chama, em especial, a boa-fé e a função social do contrato, cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 348-377.

⁴¹¹ O disposto no art. 424 é semelhante ao Código de Defesa do Consumidor (art. 51, § 1º, II), o qual traz a idéia do mínimo contratual e pode servir, de forma limitada, para que o juiz faça uma análise de possíveis cláusulas abusivas.

⁴¹² Cf. NORONHA, 2002, p. 302. Sobre os limites da autonomia privada no novo Código Civil, em decorrência da desigualdade nos contratos padronizados e de adesão, assevera Mônica Y. Bierwagen: “Tal desigualdade, muito bem ilustrada pela crescente e constante utilização dos contratos de adesão (mas não apenas neles), não passou despercebida pelo Novo Código Civil, que estabeleceu novos limites à autonomia da vontade, determinando que seu exercício deverá objetivar e se dar em razão da função social do contrato; proibindo e tornando anuláveis determinados conteúdos que representem uma desigualdade substancial entre as partes (enriquecimento sem causa, lesão nos contratos bilaterais, contrato estabelecido em estado de perigo); exigindo transparência, lealdade e correção nos negócios (princípio da boa-fé)” (BIERWAGEN, 2002, p. 31).

⁴¹³ Cf. NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 447; MACEDO, 1995, p. 103.

⁴¹⁴ Mônica Yoshizato Bierwagen, analisando os dispositivos que coíbem a onerosidade excessiva no novo Código, avalia que a parte beneficiada “é duas vezes mais privilegiada que a do prejudicado: a uma, porque a ela caberá decidir se modifica ou não o contrato; a duas, porque se favorece pela ‘exagerada vantagem’” (cf. BIERWAGEN, 2002, p. 75).

direitos e obrigações no momento da formação do contrato; e há quem diga que às vezes parece encontrar-se oculto o dogma da autonomia da vontade⁴¹⁵.

Ao contrário, as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor⁴¹⁶ aparelharam o Estado para intervir nas relações de consumo com o objetivo de *equilibrar as forças* entre os empresários e os consumidores — na expectativa de um maior reconhecimento de direitos entre os envolvidos e de *equilibrar o conteúdo* do contrato — para a realização de uma melhor equivalência entre direitos e obrigações das partes. Nas relações de consumo não há presunção de equilíbrio na relação, e por isso o art. 51 estabelece um rol exemplificativo de cláusulas que não poderão figurar no conteúdo contratual, sob pena de nulidade de pleno direito. Assim, há possibilidade de pedir 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).

Além disso, o Código permite o pedido de revisão do contrato pelo prejudicado, sem necessidade de recorrer à imprevisibilidade da desproporcionalidade, com o fim de “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais” (art. 6º, V, 1ª parte). Por fim, deduzida a pretensão em juízo, o juiz, se estiverem presentes as circunstâncias definidas no art. 6º, VIII, do CDC, deve inverter o ônus da prova em benefício do consumidor. Em suma, nessa lei há uma preocupação com a parte mais “fraca” do contrato e uma firme decisão de adequar-se às exigências dos novos tempos. O problema é que o CDC tutela especificamente os contratos de consumo; mas, como já foi visto, existem muitos outros contratos padronizados e de adesão que não são de consumo, que apresentam cláusulas abusivas no seu conteúdo, e o novo Código Civil, infelizmente, não deu à matéria o tratamento que merecia.

⁴¹⁵ Antônio Carlos Efig chega à conclusão de que o Código Civil de 2002 “tornou-se um diploma atrasado, retrógrado e que por certo não beira a contemporaneidade”. E explica: “Primeiramente, prescreve o art. 478 do novo Código que em se tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, *poderá o devedor pedir a resolução do contrato* [...]. Num segundo momento, a Lei 10.406/02 prevê, como requisito para que possa o devedor requerer a resolução do contrato, que lhe seja oneroso, a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor de 1990, enquanto diploma de evolução ímpar no cenário mundial, já havia descartado a imprevisibilidade como requisito para que o devedor solicite a revisão ou resolução do contrato, dispondo o art. 6º, inc. V, [...]” (EFING, 2002, v. 1, p. 38-39). Porém, partindo dessa análise, não se pode confundir cláusulas abusivas com onerosidade excessiva.

⁴¹⁶ Como explica José Luiz Bayeux Filho, “a lesividade prevista no CDC, genética ou superveniente é, em princípio, de caráter totalmente objetivo: não há necessidade de o consumidor argüir e provar a imprevisibilidade. Basta-lhe provar a onerosidade excessiva do contrato ou a condição, que outra coisa não é senão a sua lesividade” (BAYEUX FILHO, José Luiz. O ressurgimento da rescisão lesionária ou por usura real no ordenamento positivo brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 78-88, out./dez. 1995. p. 86).

Em contraste radical com o CDC, as cláusulas abusivas que rotineiramente aparecem nos contratos civis e empresariais, precisamente nos contratos padronizados e de adesão, não tiveram um tratamento especial no novo Código. O legislador do Código Civil de 2002 até lembrou dos contratos padronizados e de adesão (arts. 423 e 424), para exigir o mínimo contratual, e destacou uma ou outra cláusula que pode ser incluída entre espécies das abusivas. Entretanto, ainda muito apegado à concepção voluntarista⁴¹⁷, não se ateve a descrições detalhadas, nem fez uma descrição genérica através de uma cláusula geral referida às cláusulas abusivas (como, por exemplo, a do art. 51, IV, do CDC) que pudesse abarcar, senão todas, pelo menos um grande número delas.

Em vista disso, a doutrina reconhece que somente no Direito do Consumidor as cláusulas abusivas foram adequadamente consideradas. Contudo, verifica também que há apenas uma parcial coincidência entre a área dos contratos padronizados e de adesão e aquela a que se refere com a fórmula “tutela do consumidor”. Assim, muitas outras pessoas que não são consumidores, mas que celebram esses contratos, se apresentam como sujeitos carecidos de tutela⁴¹⁸. Se as cláusulas abusivas aparecem facilmente em contratos padronizados e de adesão, mas não interessam apenas aos consumidores, então surge a questão: essa tutela poderia ou não ser invocada em relações que não sejam de consumo?

c) A doutrina e as cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais

⁴¹⁷ Como ensina Teresa Negreiros, a disciplina designada no Código de 2002 para institutos como da lesão (art. 157) dos contratos padronizados e de adesão (arts. 423 e 424), e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), é bem mais restritiva, “em regra ainda muito vinculada a uma concepção voluntarista e abstrata do fenômeno contratual”, representando um “retrocesso” relativamente à que se oferece no Código de Defesa do Consumidor (cf. NEGREIROS, 2002, p. 308-309). Está atrasada em relação à própria jurisprudência, como assinala Ruy Rosado de Aguiar em relação à resolução por onerosidade excessiva: “Ora, há aí duas exigências que não têm sido feitas: a imprevisibilidade do fato futuro e a extrema vantagem para a contraparte. A inflação é um fato previsível, mas poderá muito bem tornar-se causa de elevação insuportável da prestação, e por isso mesmo não poderia deixar de ser considerada como razão para a resolução por onerosidade excessiva. Além disso, é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor”. E enfatiza: “Nesse ponto, a reforma veio introduzir uma inovação que se fazia sentir, mas disse menos do que poderia ter dito. Afastou-se da teoria da alteração da base objetiva do negócio, que melhor satisfaz a exigência de justiça contratual, pois permite a intervenção judicial ainda quando inexistente a imprevisibilidade e a vantagem excessiva para o credor, e está fundada no exame das condições concretas do negócio, o que exclui o perigo de um julgamento fundado apenas em considerações de ordem subjetiva” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 18-31, maio, 2000. p. 28).

⁴¹⁸ Cf. PRATA, 1985, p. 395-396, nota 785.

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, como os de locação⁴¹⁹. Carlos Alberto Bittar destaca os contratos associativos (como concessão comercial, franquia, *joint venture*, etc)⁴²⁰. Lima Marques lembra dos contratos bancários em geral, entre outros⁴²¹. Cláudio Santos refere os contratos de locação não residenciais, como os contratos de locação em *shopping center*⁴²². James Marins também destaca os contratos bancários, de franquia, *know-how* e faturização, entre outros⁴²³. Edilson Pereira Nobre Júnior destaca, dentre vários, os contratos de transporte de bens para a revenda⁴²⁴. Roberto Senise Lisboa menciona os contratos de direitos autorais e contratos agrários⁴²⁵. Fábio Ulhoa Coelho⁴²⁶ e Nelson Nery Júnior⁴²⁷ também destacam, genericamente, contratos regidos pelo “Direito Comercial e Civil”, como portadores dos mesmos problemas dos contratos de consumo.

Todos os autores, 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 por esse. É a partir do direito fixado no CDC que se faz sentir a necessidade de verificação da possibilidade de extensão da tutela prevista para os consumidores diante de determinados critérios (às vezes ainda indeterminados), sempre na busca de evitar as incongruências do sistema jurídico. Essas são criadas toda vez que se desconsidera o efeito do poder do mais forte, a padronização e as possibilidades de imposições ilegítimas na aplicação do direito fora das relações de

⁴¹⁹ Cf. NORONHA, 2002, p. 224 et seq.

⁴²⁰ Cf. BITTAR, 1990, p. 170-171.

⁴²¹ Cf. MARQUES, 1998, p. 153-154.

⁴²² Cf. ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. A locação de espaço em “shopping centers”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 09-22, jul. 1992. p. 09-22. De maneira mais ampla, Cristiane Paulsen Gonzalez examina as cláusulas abusivas nos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers* (cf. GONZALEZ, 2003, p. 150 et seq.).

⁴²³ Cf. MARINS DE SOUZA, 1996, p. 94-104.

⁴²⁴ Cf. 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.

⁴²⁵ Cf. LISBOA, 1997a, p. 447-448 e 480.

⁴²⁶ Das lições de Fábio Ulhoa é importante considerar a seguinte: “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. Claro que a simples sujeição de todos os negócios às normas do Código de Defesa do Consumidor, em qualquer circunstância, não seria jurídica, posto que continuam em pleno vigor as legislações civil e comercial. No entanto, considerar sempre inaplicável a disciplina da legislação consumerista àqueles contratos não inseridos em relação de consumo também não seria a melhor solução jurídica, na medida em que não se aproveitaria o avançado regramento da matéria constante do Código de Defesa do Consumidor, na adoção de decisões mais equânimes” (COELHO, 1994, p. 130).

consumo. Portanto, o problema está no tratamento diferenciado dado para situações similares às do consumo, fora do âmbito do CDC. Por outro lado, considerar a tutela consumerista aplicável diretamente ao âmbito de relações jurídicas não de consumo seria desvirtuar tanto o Direito do Consumidor como o Direito Civil e Empresarial⁴²⁸.

Fernando Noronha verifica que “a cláusula abusiva não é privativa dos contratos de consumo, apesar de ser esse tipo contratual o campo por excelência de sua proliferação”⁴²⁹. Além disso, o autor destaca vários contratos padronizados e de adesão, não de consumo, que se têm revelado campo fértil para o florescimento de cláusulas abusivas, e propõe um questionamento, que pode ser assim sintetizado: existe ou não a possibilidade de extensão da tutela prevista para os consumidores àqueles contratos em que, por exemplo, de um lado tem-se a presença de uma pessoa com características de consumidor, e de outro, alguém que não possa ser considerado um fornecedor, como no caso da locação de imóveis entre indivíduos singulares? E mais, seria possível aplicar essa legislação em relações interempresariais, quando a contratação é pactuada entre uma grande empresa e uma empresa de pequeno porte, como, por exemplo, num contrato de compra e venda mercantil, de distribuição ou de concessão comercial, de franquia e de faturização?⁴³⁰.

O mesmo problema aparece também sob o ponto de vista dos que defendem a concepção subjetivista para a caracterização do consumidor, talvez com um pouco mais intensidade, porque os empresários-consumidores também são tratados por esse prisma da extensão. A ilustre jurista Cláudia Lima Marques igualmente se preocupa com as cláusulas abusivas inseridas em contratos unilateralmente redigidos, oferecidos à adesão de outros profissionais, pequenos empresários, em suas relações tradicionalmente regidas pelo Direito Comercial (atual Empresarial). “Poderão esses usar do patamar de boa-fé e respeito das expectativas legítimas introduzidas pelo CDC no sistema de direito brasileiro?”⁴³¹.

⁴²⁷ Cf. NERY JÚNIOR et. al., 1999, p. 470-471.

⁴²⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 164.

⁴²⁹ NORONHA, 1991, p. 346.

⁴³⁰ Cf. NORONHA, 1991, p. 346-347, 2002, p. 346 et seq. 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 essa 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).

⁴³¹ A autora propõe a reflexão: “Na hipótese de cláusulas abusivas terem sido inseridas em um contrato unilateralmente redigido por um fornecedor de serviços, por exemplo, uma Instituição Bancária e ser esse contrato oferecido a adesão de um profissional liberal ou de um pequeno comerciante, poderão esses usar do patamar de boa-fé e respeito das expectativas legítimas introduzidas pelo CDC no sistema de direito brasileiro? No caso da imposição da prática da venda casada ou de recusa de venda entre comerciantes, poderá o pequeno empresário considerá-la abusiva e requerer sua proibição com base no CDC? Trata-se somente de um caso de

De todo modo, não há como fugir da questão, pois se foi a difusão dos contratos padronizados e de adesão que levou à positivação do Direito do Consumidor, e essa foi efetivamente a razão principal para a proteção dos consumidores, há fortes razões para se defender o mesmo tratamento para casos similares fora do alcance do CDC. Porque os mesmos problemas, típicos de quaisquer contratos padronizados e de adesão, também aparecem rotineiramente fora dos contratos de consumo⁴³². E, mais ou menos detalhados, explícitos ou implícitos, os princípios gerais dos contratos são fundamentalmente os mesmos em todo o âmbito privado e isso, por si só, exige um tratamento similar. Hoje se pode dizer que um tratamento mais consistente da matéria relativa às cláusulas abusivas seria de se esperar, como exigência natural para a efetivação dos princípios fundamentais do Direito dos Contratos.

2.4.3 Definição das questões para a análise do problema das cláusulas abusivas

O enfoque especial da realidade dos contratos civis e empresariais contemporâneos avulta o seguinte problema: é possível sustentar a redução de cláusulas contratuais desproporcionais e a declaração de nulidade de cláusulas abusivas para proteção do contratante vulnerável, nas relações contratuais padronizadas e de adesão, tradicionalmente regidas pelo Direito Civil e Comercial (Empresarial)? Dito de outro modo: existe a possibilidade de ampliação da tutela prevista para o consumidor a 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 daquela proteção, 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

direito comercial? Trata-se de prática comercial ou prática contratual que prejudica somente diretamente empresários ou prejudica indiretamente também aos consumidores, finais e potenciais, e a todo o mercado” (MARQUES, 1998, p.156).

⁴³² Afirma Fernando Noronha: “Ora, muitos são os contratos padronizados e de adesão que não são de consumo. E evidentemente todos apresentam rotineiramente os problemas típicos de quaisquer contratos padronizados” (NORONHA, 2002, p. 242).

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?

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 aos 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 de que dispõem os consumidores? Ao tomar em consideração estas 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. Ora, se foi a padronização, a desigualdade de poder negocial e a vulnerabilidade do contratante mais fraco são os motivos da especial proteção aos consumidores no mercado, uma vez presentes essas características nas relações civis e empresariais, elas constituem as notas decisivas para uma aplicação analógica do regime de proteção contra cláusulas abusivas do CDC.

Cumprindo indagar se será necessário que o contratante esteja numa situação de constrangimento relativamente a uma necessidade do consumo (como de alimentação, transporte, energia elétrica, etc.)⁴³³, para que seja merecedor de proteção contra imposições rigorosas e, até, draconianas dos mais fortes. A impossibilidade de um exame interno do conteúdo das imposições dos mais fortes é coerente com os princípios constitucionais de 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). Cumprindo 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

⁴³³ Como ensina, corretamente, 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 essa realidade é preciso contrapor um novo pensar.

*democracia econômica, distribuição equitativa das liberdades subjetivas de ação, integridade do princípio da livre iniciativa, e principalmente, a justiça substancial*⁴³⁴. Neste aspecto, convém levar a sério a investigação sobre as repercussões dos princípios constitucionais na aplicação do Código Civil⁴³⁵. 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) contratual e, às vezes, também outros princípios gerais do Direito dos Contratos. Mas, se é assim, observando os fundamentos de onde resulta o controle do abuso na contratação, uma interpretação que procura a “coerência horizontal de princípios do Direito” conduz às seguintes indagações: se as cláusulas abusivas ofendem os princípios fundamentais do Direito dos Contratos, estes não possibilitarão a aplicação da revisão contratual e a nulificação da disposição abusiva em toda e qualquer contratação?

Deveras, será que o princípio do equilíbrio contratual não permite o controle das estipulações abusivas em todos os contratos, por causas como: quebra da relação de equivalência entre direitos e obrigações, desequilíbrio grave ou, ainda, 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? 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, isto é, do debate em torno das condições para restabelecer o equilíbrio *no decorrer da relação contratual*⁴³⁶. Se não admitir, além

⁴³⁴ Segundo 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).

⁴³⁵ Entre outros, cf. TEPEDINO, 2001, p. 01-16; LOTUFO, Renan. (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999; NALIN, 2001, p. 25-26.

⁴³⁶ Em razão do alcance limitado das poucas hipóteses que se admite a declaração judicial de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, é mais comum falar em revisão contratual por circunstâncias supervenientes, ou “preservação do equilíbrio das prestações entre os contratantes *no decorrer da*

da revisão judicial por circunstâncias supervenientes, a redução judicial de cláusulas parcialmente abusivas e a declaração de nulidade de cláusulas abusivas, de maneira geral, independente de qualquer situação, a Teoria Geral dos contratos continuará em débito com o dogma da vontade livre, porque subestima que o contrato possa nascer desequilibrado. Por isso, cumpre verificar o equilíbrio desde a formação do contrato. 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, essa 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 afetado o interesse da generalidade. Porém, se a liberdade contratual só se justifica através da premissa de ser utilizada nos limites da *função social* (art. 421, do C.C.), o Judiciário não deveria estar pronto a intervir quando isso não 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 próprios microempresários em contratos padronizados e de adesão com macroempresas; sejam consumidores envolvidos em relações com alguém que não pode ser qualificado como fornecedor, como nos contratos firmados entre pessoas singulares. Enfim, dependendo da resposta que se dê a tais questões, eventualmente todas essas pessoas e entidades indicadas 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.

Nos capítulos seguintes procurar-se-á algumas alternativas de solução viável para a problemática em tela. Antes disso, é importante observar que, se em algum âmbito existe o tratamento diferenciado e protetivo do Estado, buscando equilibrar fraquezas de uns, no embate com contracenantes mais fortes, mas em outras esferas, em que aparecem as mesmas desigualdades, o tratamento diferenciado aos vulneráveis não ocorre, então,

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 Lorenz, avança-se no sentido de desconsiderar a previsibilidade ou a imprevisibilidade das circunstâncias (cf. BARLETTA in: TEPEDINO, 2001, p. 288).

fica caracterizada uma incoerência dos propósitos estabelecidos pelas diretrizes constitucionais, para a atuação do Estado.

2.4.4 Dissonâncias do sistema jurídico: o descompasso das regras do Código Civil

a) Noções gerais sobre a desigualdade de tratamento dos mais fracos

A partir da divulgação da concepção de igualdade substancial como substrato da atuação do Estado Democrático Direito, afirma-se que um princípio básico da atuação do Estado é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. Sob o mesmo enfoque é o que se pode dizer da leitura do princípio da “livre iniciativa” com igual conteúdo para todos, e da busca da justiça substancial. É o novo perfil fixado pelas diretrizes constitucionais em 1988, que compreende a dimensão material do Direito e exige uma atuação concreta do Estado para garantir a isonomia real, substancial e não meramente formal.

Entretanto, como os desideratos do Estado se encontram em fase de implantação, é necessário examinar se há coerência entre o que se estabeleceu, o que já se fez e o que está por fazer. Nesse sentido, convém investigar se há uma realização coerente dos propósitos do Estado Social na esfera contratual. Dentro dos objetivos deste estudo, se mostra fundamental verificar se todos os vulneráveis estão sendo tratados igualmente ou não e se, por outro lado, merecem ser contemplados com a mesma proteção, quando se analisa o ordenamento na sua totalidade. Esse contraste pode revelar argumentos fortes para se pensar na extensão da proteção contra cláusulas abusivas àqueles que eventualmente ainda são carecedores dessa tutela, porque avulta o descompasso das regras do novo Código Civil, por não designar um tratamento mais adequado à matéria.

Em âmbitos determinados, como nas relações trabalhistas e de consumo, em razão do surgimento mais precoce da vulnerabilidade, o tratamento jurídico dado aos contratos padronizados e de adesão transformou-os “de uma forma por assim dizer ‘selvagem’ a uma configuração civilizada, decorrente do controle da atuação do poder econômico privado”⁴³⁷. É claro não se conseguiram todos os resultados que se esperavam! De qualquer modo, é preciso reconhecer um maior grau de possibilidade de concretização da justiça e da igualdade, porque o Direito protege explicitamente os mais fracos nesses âmbitos. Essa é uma postura coerente com o texto constitucional e adequada ao paradigma do Estado Social.

De outra banda, se essas mudanças em direção ao controle dos mais fortes ainda estão limitadas a algumas esferas da contratação privada, não é preciso reprisar que, onde a “domesticação” não ocorreu, o

contrato padronizado e de adesão continua “selvagem”. É o que ocorre precisamente nas relações civis e comerciais em que, salvo quando a jurisprudência adota uma posição de corajosa vanguarda, não há uma adequação disciplinar à nova realidade, mesmo com a legislação recente. Como se verá adiante, o novo Código aporta princípios gerais dos contratos que são coerentes com os princípios constitucionais, porém a narrativa das regras dessa legislação é deficitária da coerência que era de se esperar para a efetivação dos princípios.

Ao ter como certa a presença da figura do contratante vulnerável⁴³⁸ — aquele que não tem poder negocial e se submete à vontade e aos interesses de quem elabora o conteúdo do contrato — também nas relações contratuais civis e comerciais, porém aqui sem qualquer proteção especial, percebe-se a incoerência de efetivação daqueles propósitos do novo paradigma do Estado Democrático Direito, que tem sua base na proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), nos valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV), na solidariedade social (art. 3º, I), na legalidade (art. 5º, inc. II), na justiça e na igualdade substancial (art. 3º, III; art. 5º *caput*; art. 170, entre outros), estabelecida na Constituição Federal. O desenvolvimento desses princípios requer que, da mesma maneira se protege os vulneráveis nas relações de trabalho e de consumo, se designe a tutela aos mais fracos nas relações contratuais civis e comerciais, através de mecanismos compensatórios, como a possibilidade de redução de cláusulas parcialmente abusivas ou meramente desproporcionais e declaração de nulidade de cláusulas abusivas, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual.

É falacioso dizer, por exemplo, que os problemas relacionados com os contratos de adesão assumem importância quando o aderente é um simples consumidor final, afirmando-se 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, nesse caso, é semelhante, ou porque, tratando-se de duas empresas, ambas se utilizarão de “cláusulas contratuais gerais”.

Efetivamente, a realidade contratual moderna, baseada no contrato padronizado e de adesão, revela que a situação de *inferioridade* e *desigualdade*, nos casos concretos, é igualmente grave tanto entre sujeitos singulares quanto entre empresas e seus fornecedores não empresários, ou mesmo entre uma empresa e outra: em todos esses casos justifica-se a instauração de um controle contra cláusulas abusivas ditadas pelo predisponente. Basta verificar que pequenos fornecedores de macroempresas muitas vezes estão em condições de dependência similar à dos trabalhadores, e ainda têm um nível de consumo bem menor do que o de muitos consumidores. A

⁴³⁷ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, 1998, p. 32.

⁴³⁸ Segundo Neto Lôbo: “Pode-se afirmar que, se provavelmente o aderente nem sempre é o contratante economicamente débil, o predisponente é sempre o contratante *juridicamente* mais forte, em virtude de, valendo-se da particular tutela que lhe é reconhecida, poder mais facilmente perpetrar abusos contra os eventuais contratantes (nesse sentido, mais débeis)” (LÔBO, 1991, p.70).

empresa estipulante encontra-se, relativamente a esses aderentes, numa situação de força propícia à exploração, à imposição de abusos, etc.

Frente a essa desigualdade real é totalmente fora dos propósitos constitucionais conservar, nas relações contratuais civis e comerciais, o velho pano de fundo jurídico da teoria contratual clássica, sob o sustentáculo do paradigma liberal, ancorado no princípio da liberdade (negativa) compreendido como “autonomia da vontade absoluta”, com um peso especial ao dogma do *pacta sunt servanda*. Entretanto, é preciso reconhecer que, em razão dessas concepções, ainda hoje é reinante uma lei ordinária e uma dogmática que conduzem à concretização de uma idéia de Estado limitada e juridicamente controlada, que mantém a incoerência da postura face à proteção das partes fracas no contrato.

No âmbito das relações contratuais civis e empresariais, o que se tem, pois, é um Estado responsável, em última análise, unicamente pela segurança dos contratos. Para desempenhar tal finalidade, limita-se a produzir a lei “geral e abstrata” e a executá-la, bem como a censurar a sua violação. Sem preocupar-se com a igualdade substancial, torna o conteúdo dos contratos avençados impermeável a um exame interno. O substrato básico dessa atuação estatal, que valoriza o “acordo de vontades” sem que ele exista efetivamente, só é funcional aos que detêm maior poder econômico, técnico, jurídico, etc. Tal atuação guarda oculta uma enorme simpatia pela liberdade sem limites dos mais fortes. Na prática, ela se traduz no fato de que o Estado continua a dar guarida à força dos predisponentes nos contratos padronizados e de adesão civis e comerciais, mesmo que a Constituição e os princípios gerais dos contratos a isso sejam contrários.

Esses são os restos do paradigma do Estado liberal clássico que precisam ser expurgados da prática jurídica do Estado brasileiro, cuja Constituição está baseada em outro ponto de referência. Tal concepção, se teve algum resultado positivo, foi apenas enquanto o capitalismo se esboçava, e a noção de livres e iguais fazia passar despercebidas as desigualdades resultantes da força do poder econômico. Porém, o crescente aumento do poderio econômico das macroempresas, e a sua concentração, granjearam-lhes a dominação contratual, quebrando as regras do mercado e levando à crise das relações de troca, crise da economia e crise social. Assim, hoje, aquela visão de mundo tem gerado a incongruência na atuação do Estado, que intervém em benefício de alguns, para a busca do equilíbrio contratual, mas deixa outros tantos, de situações bem similares, à deriva e a descoberto de qualquer proteção específica.

O *Welfare State*, se deseja completar-se como um tipo de Estado com lógica, estrutura e racionalidade diversa do antigo modelo⁴³⁹, essencialmente, em relação à contenção do poder desenfreado do grande capital, em busca de maior justiça substancial, precisa ter em conta a extensão dos inconvenientes gerados pela concentração de poder econômico, na atualidade. Foi nessa lógica que surgiram as legislações consumeristas, na tentativa de buscar equilíbrio nas relações de consumo. Porém, em outros âmbitos ainda proliferam enormes descompassos quanto ao resultado equitativo da contratação, a qual pende sempre em benefício do mais forte. Mostra-se evidente a incoerência de realização do projeto de *distribuição equitativa de liberdades subjetivas de ação*. No fundo, trata-se do problema do desenvolvimento da “racionalidade” do Estado Social em sua completude. De outra parte, cria-se um grave impasse para a unidade do Direito, a qual exige a aplicação de uma mesma medida para casos semelhantes.

Efetivamente, não há possibilidades de sistematização de um “Direito Social” que defenda os mais fracos apenas considerando alguns ramos do Direito como possuidores de uma “racionalidade jurídica própria”, desvinculando-os de qualquer relação com o conjunto do sistema jurídico. Por exemplo, não é possível negligenciar e não considerar que, nas relações atualmente regidas pelo Direito das Obrigações e pelo Direito Empresarial, encontram-se problemas de nível similar ao das relações de trabalho e de consumo. Nesses ramos do Direito, também, há razões suficientes para a intervenção do Estado para controle dos abusos efetuados com base na liberdade contratual dos mais fortes. Pois, embora os contratos padronizados e de adesão não sejam maus em si mesmo, a partir da extrema liberdade assegurada aos predisponentes, e da impermeabilidade de seu conteúdo a exames, eles acarretam amplas possibilidades de abusos e efeitos funestos para os aderentes fracos, nas relações contratuais civis e empresariais.

b) Perspectivas de solução das incongruências

⁴³⁹ Ronaldo Porto Macedo Júnior acredita que o *Welfare State* é um modelo de Estado distinto daquele imaginado e idealizado pelos pensadores liberais clássicos. Nele o Direito Social caracteriza uma “experiência jurídica” que apresenta uma racionalidade própria e se estrutura no interior de um paradigma teórico diverso, baseado numa nova concepção de responsabilidade, apoiada na idéia de equilíbrio (ou balanceamento). Segundo ele, o Direito Social “não representa uma tentativa de preencher as lacunas do Direito tradicional, mas sim uma nova maneira de conceber o Direito”. Por isso, o Direito do Consumidor não é um complemento dos Direitos Comercial e Civil tradicionais. Ele formaliza de maneira explícita a nova racionalidade típica do Direito Social. Para esse autor, “o contrato social clássico, fundado na noção de troca, é substituído pela noção de acordos de solidariedade, fundados na idéia de justa distribuição ou equitativa alocação dos ônus e lucros. Nesse sentido, o Direito Social passa, cada vez mais, a ser o resultado de um equilíbrio entre interesses conflitantes formalizados como um acordo que sempre implicará em sacrifícios mútuos. [...] Na medida em que os princípios solidarísticos foram incluídos no interior dos contratos, a sociedade passou a determinar os limites e cláusulas dos contratos” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 99-115, jan./mar. 1998 a. p. 99-108).

Uma das saídas para esse problema é a busca de maior coerência de atuação do novo Estado, conforme projetado na Constituição, e a construção de um Direito congruente na sua totalidade, tendo por fundamento a proteção do contratante débil. Esta é uma preocupação presente desde o Principado romano, que pode ser encontrada “no papel infungível da jurisprudência, como força viva, intérprete das *rationes*, na qual o direito devia inspirar-se”, como ensina Sebastian Tafaro⁴⁴⁰.

A Constituição de 1988 oferece subsídios nesse sentido, permitindo, inclusive, que se faça um controle das normas inferiores que não tenham coerência com o seu texto. Os princípios constitucionais estabelecem diretrizes sob o enfoque do paradigma do Estado Social. As novas concepções, impregnadas de liberdade com igual conteúdo, justiça substancial, etc., terão que ser válidas para todos. Então, é mister uma realização coerente dos princípios estabelecidos, isto é, os vulneráveis devem ser tratados igualmente pelo Estado. Daí depreende-se que, se em determinadas esferas da contratação eles têm proteção contra cláusulas abusivas, em todos os âmbitos em que se encontrem nas mesmas condições de vulnerabilidade merecem tratamento igual.

Se apenas o texto legal do Código Civil não pode servir como fonte de repúdio das cláusulas abusivas⁴⁴¹, então o Direito Contratual deverá ser observado de forma mais ampla a partir de seus princípios e dos princípios constitucionais. Se o Código Civil for observado estritamente pelo seu texto, especialmente sem consideração aos princípios, os vulneráveis podem encontrar-se sem bússola, como de fato estão, muitas vezes sendo tratados igualmente em situações de desigualdade. Desse modo, a eles não resta outra saída que não a sujeição e subordinação às regras do ditador do contrato.

Logo, deflui dessas considerações que, enquanto a legislação civil não se adequar à necessidade aqui levantada, ao Judiciário caberá, num verdadeiro papel de vanguarda, desenvolver a atuação do Estado na direção da proteção dos mais fracos na relação contratual, de acordo com o sistema jurídico observado na sua totalidade. Afinal, como diz Larenz: “Missão do jurista é antes do mais preocupar-se com a salvaguarda dos princípios do Estado de Direito, bem como evitar contradições de valoração indesejáveis ou que conduzam a ‘efeitos subseqüentes’ gravosos em outros domínios jurídicos”⁴⁴².

Da análise das dissonâncias do sistema jurídico, essencialmente em vista da falta de garantias de efetividade da proteção dos contratantes fracos, em todas as esferas, resulta, para somar-se às questões já

⁴⁴⁰ TAFARO, Sebastian. A dívida e a proteção da parte mais fraca do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p. 19-63, 1992. p. 62.

⁴⁴¹ Cf. SILVA, L., 2001, p. 50-51.

⁴⁴² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 269.

levantadas, que o exame das possibilidades de extensão da proteção contra cláusulas abusivas terá que contemplar também as seguintes questões: Os princípios constitucionais possibilitam aos juízes uma análise interna, quanto ao conteúdo, em todos os contratos privados, para a declaração de nulidade de eventuais cláusulas abusivas? Seriam decisões mais coerentes com os propósitos do paradigma do Estado Social? Há possibilidade de os juízes fazerem maior justiça substancial com suas decisões, aplicando o Direito a partir de princípios?

Enfim, conclui-se que, em matéria de cláusulas abusivas, há desarmonia e deficiência das regras do Direito Civil e Empresarial, expressas sob várias dimensões: em relação aos fatos (especialmente referida à problemática dos contratos padronizados e de adesão), em relação aos próprios princípios gerais dos contratos, e ainda ao Direito do Consumidor, à Constituição e ao paradigma do Estado Democrático de Direito e Social. Daí a complexidade da questão, que almeja e merece a uma resposta unificante, capaz de articular as tantas e tão numerosas nuances que envolvem as várias transformações do Direito contemporâneo e lhes conferir coerência valorativa.

2.5 Motivações para a busca de um controle geral das cláusulas abusivas

Dos pontos estudados neste capítulo, afloram três motivos fundamentais para buscar o controle das cláusulas abusivas em todo o âmbito do Direito Privado:

1) Os contratos padronizados e de adesão, facilitados pela posição dominante de uma das partes e pela pré-redação unilateral, propiciam o surgimento das cláusulas abusivas e, por isso, motivaram o legislador a regulamentá-las, no âmbito do CDC. A proliferação desse tipo de contratos em todo o âmbito privado, e a realidade da vulnerabilidade da parte aderente, também fora das relações de consumo, carrega a necessidade de extensão, a outras categorias de contratantes, da tutela prevista para os consumidores.

2) As cláusulas abusivas tendem a beneficiar sistematicamente o predisponente, que no exercício da sua liberdade contratual, ofende um ou mais princípios fundamentais dos contratos; por outro lado, certamente esses princípios contêm força deontológica de reação, que permite coibir o abuso implícito nas cláusulas, sempre que apareça.

3) O Direito Civil e Empresarial não oferece um regime de proteção contra cláusulas abusivas para pessoas e entidades vulneráveis no mercado, cujas condições são bem similares a daquelas que, no âmbito do consumo o CDC, motivaram a instituição da tutela. Ora, o Estado não pode tratar desigualmente os iguais, prestando proteção a alguns e denegando-a a outros, diante de problemas similares.

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso indagar se, diante da inexistência de lei específica para o controle das cláusulas abusivas em todo o âmbito do Direito Privado, especialmente em relação aos contratos padronizados e de adesão, há possibilidade de uma colmatação da lacuna através da analogia da legislação consumerista? O estudo das transformações econômicas ligadas ao surgimento de novas formas contratuais, particularmente do contrato padronizado e de adesão, ajuda a compreender os impulsos para as inovações no âmbito do Direito Contratual.

Ao evidenciar as principais características da nova realidade contratual, a desigualdade de poder negocial e as cláusulas contratuais gerais — que, dito de outra forma, significam a vulnerabilidade do contratante “débil” e o campo propício para imposições ilegítimas pelo mais “forte” — coloca-se o problema fundamental a ser enfrentado pelo Estado contemporâneo no campo das relações contratuais: *a proteção dos contratantes vulneráveis*. Se as cláusulas abusivas sempre existiram e não eram objeto de tanta preocupação anteriormente, significa que foi precisamente a padronização da contratação o impulso sócio-econômico que levou o legislador à realização de um elenco de cláusulas a serem consideradas nulas, para proteção dos consumidores. Ora, se os contratos padronizados e de adesão estão presentes, em condições bem similares, fora das relações de consumo, propõe-se a decisão da extensão do regime instituído no Código de Defesa do Consumidor para as cláusulas abusivas. Se há os mesmos fundamentos para a instituição da lei, mas ela não existe, trata-se de uma lacuna que merece ser colmatada.

Quanto ao segundo aspecto, é preciso verificar a possibilidade de controle das cláusulas abusivas através do auxílio dos próprios princípios fundamentais dos contratos que são ofendidos pelas cláusulas abusivas. A perspectiva é de verificar o seguinte: há possibilidade de aplicar o princípio do equilíbrio e da boa-fé para coibir tais cláusulas em todas as relações contratuais privadas? Os princípios fundamentais dos contratos possuem deontologicamente alguma força normativa que possibilita identificar as balizas caracterizadoras do problema da manifestação abusiva em todas as relações jurídicas privadas?

No terceiro aspecto, é preciso questionar se o ordenamento constitucional brasileiro possibilita a proteção de todos os contratantes vulneráveis a partir de princípios constitucionais orientadores das relações econômicas e da atuação do Estado, de maneira coerente. A análise deverá contemplar princípios tais como o do

valor social da livre iniciativa, o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade social, o da igualdade substancial, o da justiça social, o da redução das desigualdades sociais, etc.

Nesse sentido se colocam as seguintes questões: a) Face ao arcabouço principiológico constitucional previsto para orientar as relações interprivadas, existirá congruência jurídica se o Estado, por meio do Poder Judiciário, fornecer proteção contra cláusulas abusivas para o contratante vulnerável nas relações contratuais civis e empresariais? b) Permitirá a Constituição brasileira que o Estado intervenha em favor do mais fraco diante da desigualdade de poder negocial e da determinação do conteúdo contratual por uma das partes apenas?

CAPÍTULO III

INCOMPLETUDE DO CÓDIGO CIVIL E APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CDC

3.1 Introdução das alternativas de solução ao problema das cláusulas abusivas

3.1.1 As perspectivas de análise para a solução ao problema das cláusulas abusivas

Sabe-se que em questões de *dever-ser* jurídico reina muita variedade e o mais invencível antagonismo de conceitos e concepções. Mesmo com os riscos do reducionismo, postula-se que as posições *na e sobre* a prática da decisão judicial, em matéria de revisão contratual e invalidação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, podem tomar basicamente dois rumos bem distintos: uma que nega essa possibilidade e elimina a necessidade de enfrentar o problema, e outra, que a admite, mas então é obrigada a encarar a complexidade da questão.

No primeiro caminho encontram-se as concepções edificadas pela hermenêutica tradicional liberal, que reconhecem um papel normativo aos atos de autonomia privada e atribuem aos contratos a posição de “fonte” do direito. Os atos negociais *secundum legem*, que derivam a sua força normativa da lei, tomados às avessas, assumem corpo e força de obrigar, mesmo contra princípios básicos da lei e da Constituição. Esses princípios não poderão ser avocados perante os tribunais, e quando o forem não serão reconhecidos perante a “formal” liberdade contratual. O princípio da autonomia privada ocupa o “vazio da lei” para criar cláusulas contratuais com caráter de normas individuais vinculativas para as partes. Sob esse pano de fundo, às vezes oculto ou revelando-se em argumentações variadas, a primeira posição defende a inadmissibilidade da revisão judicial dos contratos civis e empresariais para uma eventual redução ou invalidação de cláusulas abusivas. Tal deformação é tributária antes de uma imprecisão técnica e de conveniências dissimuladas, do que de uma construção jurídico-científica, capaz de justificá-la.

Do outro lado, está a posição daqueles que admitem e defendem a possibilidade de exame judicial interno dos contratos civis e empresariais. Em geral, são concepções radicadas no paradigma do Estado Constitucional de Direito e Social, bem como na idéia do Direito como um *sistema aberto e dinâmico*, cuja compreensão assume várias formas, por isso há dificuldades para uma síntese. À mercê disso, tais concepções poderiam ser divididas em duas linhas argumentativas. A primeira advoga a admissibilidade da apreciação interna das cláusulas dos contratos civis e empresariais, justificando-a pela extensão da tutela prevista para os

consumidores; e a segunda assevera esse julgamento a partir da aplicação direta de princípios na prática da decisão judicial.

A primeira linha, que é bastante comum na doutrina e jurisprudência, defende o exame judicial do conteúdo contratual e a declaração de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, por extensão da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor. Essa ampliação pode assumir diversas perspectivas. Eventualmente, em parte essa doutrina e jurisprudência nem têm um rigor técnico, mas estão mais autorizadas do que a concepção liberal, porque o sentido de justiça que aportam, clemência para os fracos e severidade para os opulentos, hoje faz parte das idéias humanitárias do texto constitucional e nele certamente encontrará apoio. No entanto, para quem quer utilizar-se do Código de Defesa do Consumidor, nesse estudo postula-se como mais adequada a via analógica, com um suporte adicional encontrado no seu art. 29.

Sem pretender esgotar aqui as polêmicas que envolvem a questão, argumenta-se que a forma mais adequada para a extensão de preceitos do Código de Defesa do Consumidor, para coibir cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, será a aplicação analógica, apoiando-se no art. 29 daquele regulamento. O cumprimento dos requisitos da analogia será um importante suporte do procedimento hermenêutico, na perspectiva de melhor coadunar ramos jurídicos e especificidades diferentes. Desse modo, acredita-se obter um número maior e mais claro de critérios, e com isso elevar o grau de previsibilidade das decisões judiciais, para obter então a certeza do direito e a segurança jurídica. Essa linha vai ao encontro de subsídios teóricos que vêm sendo debatidos há muito tempo na teoria analítica e na hermenêutica jurídica, como as questões relativas à completude do ordenamento, métodos tradicionais de interpretação, modos de integração do direito, e o próprio preenchimento de lacunas por analogia.

A segunda perspectiva pode ser dividida em dois aportes principiológicos. Advoga-se que é viável, de acordo com a ordem jurídica vigente, a declaração judicial de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais por meio da *densificação* e *concretização* de princípios gerais dos contratos. Assim, num nível menos *denso* encontram-se princípios constitucionais que poderão ser trazidos à baila para confrontar estipulações contratuais e avaliar a sua sustentabilidade através de exame e ponderação judicial⁴⁴³. Contudo, desde logo cabe destacar que, na doutrina e na prática jurídica, é muito raro tratar-se expressamente a

⁴⁴³ Afinal, como ensina admiravelmente José Joaquim Gomes Canotilho: “Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Essa realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nessa “tarefa realizadora” participam ainda todos os cidadãos “pluralismo de intérpretes” que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata os seus direitos e deveres” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1184).

densificação e concretização de princípios gerais dos contratos. Ademais, praticamente inexistente a *densificação* de princípios constitucionais em matéria de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

A linha da utilização de princípios para solucionar o problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais se depara com questões mais afeitas às novas teorias da interpretação e da argumentação jurídica. A moderna hermenêutica juspublicista desencadeou debates sobre a materialização de direitos fundamentais e acabou desenvolvendo uma nova metodologia para a compreensão e concretização do sistema jurídico a partir de princípios. Nessa teoria encontram-se novas análises sobre as relações entre princípios e regras, sobre a imbricação, limitação recíproca e complementaridade entre princípios; assim como questões sobre a colisão de princípios e suas formas de solução. O juízo de proporcionalidade e ponderação dos princípios oferece mais autoridade e prestígio ao juiz para a colmatação dos espaços não cobertos expressamente pelas regras.

Nesse estudo parte-se do pressuposto de que as concepções favoráveis à revisão contratual e à invalidação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, em que pesem diferenças de matizes teóricos, estão intimamente relacionadas. Sem considerar divergências teóricas específicas, que em princípio poderiam resultar em desacordo com relação aos caminhos de seu tratamento operacional na prática da decisão judicial, poder-se-ia postular uma paridade entre essas concepções, em vários aspectos.

Em primeiro lugar, em relação aos *impulsos*. Ambas encontram um espaço de insuficiência de proposições jurídicas isoladas do Direito Civil para coibir as cláusulas abusivas, em comparação com o que o conjunto do Direito apresenta contra o abuso. Elas percebem também que a escassez de regras se revela, na situação empírica, quando se confrontam aquelas proposições expressas e a demanda pelo controle de cláusulas abusivas. De qualquer modo, verificam que as regras do Direito Civil, quando observadas destacadamente, não cobrem todo o setor relativo às cláusulas contratuais abusivas. Da mesma maneira, a postura se unifica porque ambas são *motivadas* a encarar essa carência legislativa como um espaço que exige resposta do juiz, a qual poderá ser encontrada no próprio ordenamento. Além disso, a *reação* proposta por cada uma toma meios diferentes no seu raciocínio, mas culmina ratificando o mesmo substrato material do direito.

Desse modo, tratadas em conjunto certamente encontram maior força de justificação e de persuasão quanto à legitimidade do direito que propugnam como correto segundo a ordem jurídica vigente e possibilitam a renovação da teoria contratual em relação às cláusulas abusivas. Por isso, adiante serão expostas brevemente as linhas teóricas de fundo. Se não for viável conciliá-las, o que decerto não será fácil, nem totalmente possível, inclusive porque dentro de cada uma há divergências conceituais, pelo menos o exercício servirá para asseverar

em defesa da unidade argumentativa da aplicação analógica do CDC e da solução de problemas através da recorrência aos princípios do Direito dos Contratos e da Constituição. Assim se reforçará o discurso em prol da superação da concepção conservadora tradicional-liberal.

Com essa nova visão — unificadora da argumentação em defesa dos contratantes vulneráveis — aposta-se na possibilidade de reverter o quadro de “violência simbólica”⁴⁴⁴ tradicionalmente exercido para manter as posições que negam o exame judicial interno dos contratos. Trata-se de uma tentativa de construir um sistema interpretativo que limite e mine sistematicamente a capacidade adaptativa da concepção liberal, a qual prejudica as partes mais fracas nas relações contratuais civis e comerciais, especialmente através da manutenção de cláusulas manifestamente abusivas. De toda a evidência, porém, os resultados certamente não se traduzirão em regras nítidas, rígidas e completas, mas em simples diretivas ou indicações mais ou menos vagas, falíveis e não exaustivas.

3.1.2 As tendências teóricas sobre o ordenamento como um sistema aberto e dinâmico

A filosofia e a teoria geral do Direito contêm inúmeras dissensões na exposição sobre o ordenamento como um sistema dinâmico⁴⁴⁵ e aberto. Como ressalta Ferraz Júnior, parece mais aceita a concepção de que um ordenamento, como sistema, possui um *repertório*, isto é, “um conjunto de elementos normativos e não-normativos”, e também uma *estrutura*, ou seja, “um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos”⁴⁴⁶. Mas, quanto ao que cada um desses conjuntos realmente contém, aí há várias

⁴⁴⁴ Tercio S. Ferraz Junior, brilhantemente nos ensina que “ao interpretar, a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 178). E, nesse aspecto, a própria idéia de lacuna e de seu preenchimento por analogia ou por princípio, na medida em que introduzem na norma um elemento de flexibilidade conotativa e denotativa, acentuam e crescem as relações de autoridade do ordenamento, com isso também permitindo ao intérprete o exercício do poder de “violência simbólica” (cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 299-302).

⁴⁴⁵ Segundo Ferraz Junior, a concepção de *sistema dinâmico*, expressão que provém de Kelsen, é uma forma técnica de conceber os ordenamentos como uma construção elaborada no interior da cultura humana, o que exige compreender o conjunto de normas dentro de um processo de contínua transformação; porque as normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade, em decorrência de alterações nas situações normatizadas. Sendo assim, com a noção de sistema dinâmico, a doutrina busca captar o ordenamento, ou “o complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles”, de maneira sistemática, para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos (cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 174; cf. também KELSEN, 2000, p. 215 et seq.).

⁴⁴⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 172-173.

divergências e, em conseqüência, não existe consenso sobre o próprio ordenamento. Mesmo tendo consciência dessas divergências, não será possível enfrentá-las aqui, na sua totalidade, mas apenas nos estreitos limites necessários para maior compreensão do sentido e alcance das proposições jurídicas (regras e princípios). Ou ainda, na medida em que auxiliem para a efetivação simultânea da correção e da segurança jurídica na prática da decisão judicial sobre cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

A discussão que ocorre dentro da concepção do ordenamento como sistema dinâmico e aberto interessa nesse estudo especialmente na medida em que envolve a questão da *completude* (ou incompletude) dos sistemas normativos, também conhecida como *problema das lacunas* das leis e do ordenamento. Como ensina Ferraz Junior, a dogmática analítica coloca no centro do debate a dúvida se a estrutura do sistema comporta ou não alguma forma de incompletude. Enquanto na dogmática hermenêutica, depois de admitida a incompletude, seja em qualquer espécie de lacuna, a questão toma rumo em torno dos modos de integração e dos limites que se põem ao intérprete⁴⁴⁷. A decisão jurídica, encarada como um discurso racional, busca a interpretação verdadeira, assim sempre abre espaço para a interpretação divergente; então, é preciso saber como se obtém a interpretação prevalecente. Da argumentação para a obtenção das decisões, cuida a teoria da argumentação jurídica⁴⁴⁸.

Tais assuntos possuem uma correlação direta com o tema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, porque é mister saber se realmente falta um regime específico de nulidade para essas cláusulas, naqueles âmbitos, de tal modo que se configure uma lacuna; e, se for assim, qual a sua espécie, quais as maneiras de solucionar o problema e os limites que se põem ao intérprete. Assim também, se houver uma lacuna e surgir mais de uma perspectiva para a sua colmatação, é preciso saber qual a que prevalece, ou se ambas são suscetíveis de adequar-se para sustentar a mesma decisão. Se uma perspectiva de discurso para a colmatação da lacuna é o envolvimento de princípios, importa saber como se orienta essa argumentação para culminar na melhor solução, e assim por diante. Subsidiariamente, todos esses aspectos envolvem muitas outras considerações da teoria geral e, logicamente, tudo isso só poderá ser tratado aqui de maneira muito superficial.

O pressuposto inicial é de que, tanto o suporte teórico da teoria analítica e da hermenêutica privatística revisada, quanto as novas concepções da interpretação juspublicista e da argumentação jurídica de princípio, poderão ter contribuições importantes para a análise do problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Na revisão da teoria geral do direito, além de elementos para a caracterização da existência da lacuna, e de esclarecimentos sobre os modos de interpretação em geral, encontram-se os fundamentos teóricos

⁴⁴⁷ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 294.

⁴⁴⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p.305 e 318.

para tratar a matéria na linha da integração de lacunas, envolvendo a aplicação analógica⁴⁴⁹ de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Nessa ordem teórica há contribuições que ajudam a explicitar os pressupostos para o argumento *a simile*, que está na base da analogia. Desse modo, oferecem-se os subsídios para um exame da possibilidade de extensão da proteção contra cláusulas abusivas prevista para os consumidores; e, especialmente, para se averiguar sob que critérios seria conveniente uma proteção das partes fracas, em relações civis e comerciais, com vistas a adequar uma transposição do regime aos “consumidores-equiparados”, atendendo ao comando do art. 29 do CDC.

Numa outra visão, mais afeiçãoada às novas teorias da hermenêutica e da argumentação jurídica, a interpretação de um modo geral, incluindo aquela necessária ao preenchimento de lacunas, é orientada para o plano principiológico.

Não se pode reduzir tudo a uma só concepção, pois há várias ramificações.

À primeira vista, contudo, parece que está ganhando força também na doutrina do Direito Privado uma concepção que ratifica a distinção entre princípios, regras (ou normas) e valores, de onde se buscaria uma interpretação conforme o sistema com aptidão para subordinar a matéria sob exame, sempre com respeito primordial aos princípios jurídicos. Nessa concepção, ganham importância tanto os princípios gerais da legislação civil, como o princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual, quanto princípios fundamentais da Constituição, como o do valor social da livre iniciativa, da proteção da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da justiça social, etc. Além disso, aviva-se a noção de que os valores fundamentais, especialmente aqueles que são colocados no ápice do sistema por “força normativa da Constituição”, têm de servir como critérios de avaliação permanente para a fundamentação da decisão judicial. É um novo pensar que está abalando as teorias privatistas clássicas.

A nova forma de compreender a imperatividade dos princípios e seu efetivo teor normativo, acompanhada de uma metodologia de aplicação renovada, mostra-se mais flexível do que a dogmática

⁴⁴⁹ Sabe-se das várias críticas que foram feitas aos matizes iniciais dessa linha teórica encontrados na dogmática clássica, a qual, no fundo, foi a gestora da noção de “lacunas” e das primeiras formas de preenchimento. Na Alemanha pode dizer-se que a teoria clássica reinou incontestada a partir de Savigny, durante quase todo o século XIX. Os autores da escola clássica acreditavam numa “força de expansão lógica” da lei ou do direito. Ao esquema de idéias assim delineado usava-se nomear “teoria da plenitude lógica do ordenamento”. Procurava-se a extensão analógica para integrar e fechar o ordenamento jurídico positivo, acreditando que fosse possível prover uma solução para todos os casos e situações da vida. Na verdade, tratava-se de dogmatismo puro. Assim destaca Manuel A. Domingues de Andrade: “A teoria clássica ensina que da própria lei podem e devem sair, por lógica necessidade, todas as normas precisas para completarem, tapando as brechas ou hiatos que, pela força das coisas, sempre hão-de existir no ordenamento legislativo” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978. p. 71-72). Superada a teoria tradicional pelos partidários de novos métodos de interpretação e integração de lacunas, a matéria ganhou novo ânimo e

hermenêutica tradicional. A colocação de princípios na base da aplicação judicial das regras, sejam essas explícitas no sistema ou formuladas pelo juiz, possibilita maior adaptabilidade à modificação dos valores, além de contribuir para eliminar antinomias e colmatar lacunas de maneira mais dinâmica. Na verdade, trata-se de uma “interpretação sistemática”, para a qual se reivindica um *status* diferente do que o de “mero elemento ou método interpretativo”⁴⁵⁰.

É sob os pressupostos dessas duas tendências que adiante será considerado o assunto na perspectiva da interpretação construtiva, que busca tanto a coerência interna do Direito dos Contratos, quanto a coerência desse com a totalidade do sistema jurídico. Para esse efeito, mostra-se fundamental procurar uma resposta à insuficiência de proteção dos contratantes fracos contra cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, no seguinte plano: a) buscar os critérios que poderão revelar-se a partir de situações semelhantes já previstas no ordenamento (juízo analógico a partir do CDC), tarefa que será desenvolvida no presente capítulo e; b) sustentar que o direito material que garante o mesmo tratamento está diretamente ligado e condicionado à concretização dos princípios, tanto os princípios gerais dos contratos quanto os princípios constitucionais. Essa será a preocupação fundamental dos dois últimos capítulos.

A utilização de princípios para sustentar a necessidade do julgamento de cláusulas que se tornarem problemáticas nos contratos civis e empresariais poderá incomodar aqueles que atribuem grande peso à segurança jurídica, mas que não se preocupam com a correção da decisão, porque estão acostumados aos métodos tradicionais antiquados. Aquelos habituados a pensar que o Código Civil é um prontuário infalível de que o juiz não pode afastar-se, assustar-se-ão ainda mais quando se falar em princípios constitucionais para uma finalidade dessas. Contudo, ao se apresentar uma base de argumentação que evidencie a adequação do exame judicial do conteúdo dos contratos também por critérios que têm suas raízes na teoria tradicional, como é o caso da analogia, então a concepção clássica, que negaria esse exame quando sustentado simplesmente por questão de princípio, será contraposta no seio de seu próprio matiz dogmático. Só terão motivos para recusá-la os que sobreestimem, além de toda a medida plausível, o interesse da precisão e da estabilidade do direito, acreditando que isto só se consegue seguindo à risca o repertório do “livro de regras”⁴⁵¹, desvinculando-o de qualquer

salvaram-se algumas vicissitudes; por isso ainda hoje se reconhece algum valor à analogia como processo de integração de lacunas. Nesse estudo, as noções de “lacuna” e “analogia” serão importantes.

⁴⁵⁰ Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 189 et seq.

⁴⁵¹ Para utilizar a expressão de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2001, p. 07 et seq.).

consideração de princípio, e desatando toda a responsabilidade do Estado de Direito na implementação da justiça substantiva⁴⁵².

À vista dessas duas tendências, e na perspectiva de conjugação de suas contribuições é que serão desenvolvidos os capítulos que seguem nesse trabalho. Em primeiro lugar, procurar-se-ão, a seguir, na doutrina, alguns subsídios basilares da idéia da aplicação analógica. Será introduzido um breve estudo sobre as lacunas, a teoria da interpretação e integração do Direito. Em certa medida esses também são aspectos que interessam à perspectiva da análise de princípio. Não cabe dissertar longamente sobre o tema, afeto, na verdade, à teoria geral do Direito, senão para determinar, pelo menos aproximadamente, o acordo semântico, fundamental ao entendimento comunicativo dos participantes. O objetivo principal, entretanto, é procurar alguns aspectos mais significativos para desvendar e elucidar a questão da possibilidade de um regime de proteção contra cláusulas abusivas para contratos civis e empresariais.

3.2 Alguns fundamentos de hermenêutica jurídica

3.2.1 Graus de atividade criativa do juiz: interpretação e integração do Direito

Os textos jurídicos, por possuírem uma riqueza expressiva de linguagem, sempre precisam de interpretação, ainda que não sejam “obscuros”, “pouco claros” ou “contraditórios”. Por isso, “em princípio todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação”, como ressaltou Karl Larenz⁴⁵³. Além disso, na atualidade é reconhecido que as leis, por mais bem elaboradas que sejam, não conseguem oferecer solução para cada uma das situações da vida que seja comportável no seu âmbito de regulação. Isso significa que toda lei contém, inevitavelmente, “lacunas”⁴⁵⁴. De outra parte, ao juiz não é lícito denegar a resolução, está sempre

⁴⁵² Cf. DWORKIN, 2001, p. 15-16.

⁴⁵³ LARENZ, 1997, p. 284. Segundo o autor, a problematização é possível porque os textos jurídicos estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões – com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos – apresentam uma margem de variabilidade de significação que torna possíveis inúmeros cambiantes de significação. É justamente na disseminação de tais cambiantes que se baseia a riqueza expressiva da linguagem e a sua possibilidade de adequação a cada situação (*Ibid.*, p. 283). Esse entendimento identifica-se com a compreensão de L. H. A. HART em relação ao que denomina “textura aberta do direito”: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, esses, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*” (HART, H.L.A.. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 140-141).

⁴⁵⁴ Assinala Francesco Ferrara: “Por muito previsora e vigilante que seja a obra legislativa, é impossível que todas as relações encontrem regulamentação jurídica especial, e que a plenitude da vida prática se deixe prender nas apertadas malhas dos artigos dum Código. Por outro lado as relações sociais mudam continuamente, surgem novas situações, mercê de descobertas e invenções em que o legislador do tempo não pensou nem podia pensar,

obrigado a interpretar a lei e, sempre que essa contenha lacunas, a integrá-las. Muitas vezes, entretanto, não se trata simplesmente de colmatar lacunas de normas, mas da adoção e conformação de novas idéias, além do plano originário da lei, em consonância com os princípios diretivos da ordem jurídica no seu conjunto, num verdadeiro “processo de desenvolvimento do direito”⁴⁵⁵.

Em vista disto, desde logo, convém encarar o problema da construção do juízo deliberativo na decisão jurídica. Em primeiro lugar, é preciso dizer que reduzir o processo decisório à construção silogística o empobrece e não o revela em sua maior complexidade. A aplicação não se confunde com a interpretação, conquanto a exige⁴⁵⁶. Toda aplicação de uma norma implica um determinado grau de interpretação e, até certo ponto, uma tarefa de participação criativa do sujeito que compreende. A aplicação é também interpretação, isto é, a investigação jurídica nunca é mero trabalho de subsunção⁴⁵⁷. Nesse sentido, “toda decisão judicial é uma atividade *criadora*, dirigida pelo conhecimento”⁴⁵⁸, e mesmo que se negue a posição do realismo⁴⁵⁹, nem sempre se pode excluir a participação da vontade⁴⁶⁰, porque é fruto do próprio processo circular da linguagem⁴⁶¹. Vale dizer: “o significado da norma é produzido pelo intérprete”⁴⁶².

e uma multidão de relações e conflitos novos irrompem na vida jurídica exigindo disciplina e tutela” (FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978. p. 156).

⁴⁵⁵ Cf. LARENZ, 1997, p. 519.

⁴⁵⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, p. 311.

⁴⁵⁷ Cf. NORONHA, 1988, p. 141-142.

⁴⁵⁸ LARENZ, 1997, p. 79.

⁴⁵⁹ Os realistas sustentam que a decisão judicial é apenas o resultado de um processo de determinantes extrajurídicos: históricos, psicológicos, sociológicos, políticos, ideológicos, etc. (cf. HABERMAS, 1997, v. 1, p. 249-250).

⁴⁶⁰ Como ensina Kelsen, “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (cf. KELSEN, 2000, p. 394).

⁴⁶¹ Comentando o pensamento de Wilhelm von Humboldt, o autor da *Teoria da Ação Comunicativa* ensina que, como um “receptáculo do mundo objetivo a linguagem transcende os espíritos subjetivos e desfruta frente a eles de uma autonomia própria”. Porém, a linguagem não tem uma morada eterna, sua parte morta é constantemente vivificada mediante a fala ou o entendimento. Significa que entre o sistema de regras de linguagem e a subjetividade do falante que se manifesta há uma interação. Nesse processo circular da linguagem, que é às vezes “um produto (*ergon*) e uma atividade (*energeia*), põe-se de manifesto ‘um poder do indivíduo frente a linguagem similar ao poder da linguagem sobre o indivíduo’”. Assim, “não somente tem que ter em conta a sensibilidade e o caráter desses indivíduos, senão também as experiências que esses indivíduos fazem do mundo ao enfrentar a realidade” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade y justificación: ensaios filosóficos*. Tradução de Pere Fabra e Luis Díez. Madrid: Trota, 2002a. p. 69, tradução nossa).

⁴⁶² GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 11-15. p. 15. Segundo Eros Grau, “as normas (enquanto *disposições*, enunciados, textos) nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidas em *normas* (isto é, através e mediante a *interpretação/aplicação* — são transformadas em *normas*). Isso contudo — note-se bem — não significa que o intérprete, literalmente, *crie* a norma; o intérprete a expressa. O produto da interpretação é a norma expressa como tal. Interpretamos textos, note-se bem; a norma, não a interpretamos — ela é o resultado, não objeto, da interpretação. Mas ela (a norma) *preexiste*, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se, *em Estado de potência*, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda” (GRAU in: FREITAS, 1998, p. 15).

A atividade interpretativa realizada pelos juízes, desde a primeira aplicação da lei, já pode ser compreendida como um ato de “desenvolvimento” da norma legal, na medida em que lhe fixa um determinado sentido, expressa um significado que atribui ao texto. A aplicação da norma constitui-se numa atividade que requer sempre um grau de participação interpretativa dos juízes, portanto, não deixa intacto o conteúdo próprio da norma, mas antes determina, *progressiva e ininterruptamente*, a sua significação concreta. Vista desse modo, a interpretação da lei é um processo contínuo, no qual as idéias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas⁴⁶³.

A interpretação em sentido estrito deseja limitar-se a expressar aquilo que o texto, “corretamente entendido”, afirma por si: o sentido literal possível; embora a possibilidade dessa clareza literal possa ser vista como uma ilusão⁴⁶⁴. Seguindo o pensamento de Karl Larenz, a interpretação em sentido mais amplo, através da utilização metódica, pode ir além desse limite e, dentro do quadro originário, pôr a teleologia imanente à lei para preencher as suas lacunas. Nesse caso, trata-se de lacunas de normas, as quais são suscetíveis de integração pela analogia. Para além desse limite, mas dentro do quadro dos princípios do ordenamento jurídico no seu conjunto, é possível ainda o “desenvolvimento do direito superador da lei”. Em conformidade com essa hipótese, preenchem-se as lacunas por meio do “desenvolvimento aberto do Direito”, como designa Larenz⁴⁶⁵; ou procede-se à sua colmatação através da “criação de direito novo”, na lição de Fernando Noronha⁴⁶⁶.

Todos esses estágios interpretativos podem ser vistos como atividades de desenvolvimento do Direito, que passam de um grau menor a um maior grau de participação criativa do sujeito que interpreta. Nesse

⁴⁶³ Cf. LARENZ, 1997, p. 158, 298, 343.

⁴⁶⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 290.

⁴⁶⁵ Cf. LARENZ, 1997, p. 519-521. Ferrara também assinala que é possível falar em interpretação em sentido amplo e em sentido estrito. “No sentido estrito, a interpretação consiste em determinar a significação da lei e desenvolver o seu conteúdo em todas as direções; no sentido amplo, a interpretação compreende também a analogia, isto é, a elaboração de normas novas para casos não contemplados, induzidos de casos afins regulados pela lei. Na analogia o trabalho do jurista move-se numa esfera mais alta, mas não se transforma em criação do direito, porque fica sempre vinculado à lei” (FERRARA, 1978, p. 128-129). A atividade interpretativa não se detém a apurar o sentido das normas: “compete-lhe ainda desenvolver o conteúdo das disposições, em todas as suas direções e relações possíveis”, porque “o intérprete deve tirar dos princípios todas as conseqüências de que são capazes, embora algumas sejam expressas, enquanto que outras permanecem latentes” (FERRARA, 1978, p. 153).

⁴⁶⁶ NORONHA, 1988, p. 138 e segs. Ensina o autor: “Se não é aconselhável que os juízes sejam afoitos na criação de Direito, sobretudo por razões de essabilidade e segurança, também não se pode negar-lhes essa faculdade, ou melhor, essa obrigação, em determinados casos. A criação judicial de direito será indispensável quando, ao fim de todos os esforços de interpretação e integração de lacunas, o juiz verifica ou que falta no sistema vigente uma norma jurídica que regule a situação fática, ou que o sistema vigente oferece uma solução em relação à qual a consciência jurídica geral se sobressalte, porque como diz Esser, não é possível que tal solução corresponda à intenção do legislador — de um legislador razoável, naturalmente. Nem o legislador, nem a lei, podem ser cegos, sobretudo para os valores jurídicos fundamentais. Que nessas duas hipóteses o juiz tem de formular uma norma, fica claro se considerarmos que ele não pode fazer justiça de caso concreto, ele terá sempre de partir de um preceito de natureza geral, suscetível de aplicação a novas hipóteses fáticas, que apresentem as mesmas características” (NORONHA, 1988, p. 183).

sentido, a interpretação, a integração de lacunas, e o desenvolvimento jurisprudencial do Direito não são essencialmente distintos. Na interpretação da lei, assim como na integração de lacunas e até no desenvolvimento do Direito para além da lei — como quando o Judiciário cria algum instituto ainda não regulado, ou modifica um regime anteriormente estabelecido — não há diferença de natureza⁴⁶⁷, porque o fundamental está sempre nos princípios jurídicos que orientam a operação: não há interpretação, integração de lacunas e criação jurisprudencial de Direito para além da lei, legitimamente construído, sem que haja, em todos os casos, um amálgama com os princípios *positivos* ou *subjacentes* do Direito vigente.

3.2.2 Métodos tradicionais de interpretação e suas contribuições para a análise

A teoria dogmática da interpretação jurídica há muito tempo procura oferecer aos juízes diversas operações técnicas na tentativa de cumprir uma função racionalizadora da decisão jurídica e da participação dos juízes no processo de construção do Direito. Como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior, os métodos tradicionais de interpretação do Direito repousam suas bases em três critérios: a correção ou coerência, o consenso, e a justiça⁴⁶⁸. Em razão deles se pode falar em interpretação lógico-sistemática, sociológica e histórica e teleológico-axiológica, as quais procuram orientar as resoluções dos problemas de ordem sintática, semântica e pragmática que freqüentemente surgem no âmbito da investigação de soluções jurídicas para os conflitos.

Nesse estudo, os métodos de interpretação tradicionais interessam na medida em que, conforme ensina a dogmática hermenêutica, só poderemos falar de lacuna a preencher depois de estar averiguado, por interpretação da lei, que o caso omissis não deve ficar à margem do Direito, sem disciplina apropriada⁴⁶⁹. Assim, a extensão, aos contratos civis e empresariais, da proteção contra cláusulas abusivas implica, de certo modo, aquelas questões acima (especialmente quando se trata de contextualizar o conteúdo do Código Civil no conjunto do ordenamento, bem como quando se busca compreender o art. 29 do CDC). Daí resulta a importância de se observar em que esses métodos podem contribuir para a análise. Visto muitas das orientações da dogmática

⁴⁶⁷ Cf. NORONHA, 1988, p. 140.

⁴⁶⁸ Segundo o autor, “esses três critérios são a correção ou coerência, o consenso e a justiça. A coerência ou a busca do sentido correto exige um sistema hierárquico de normas e conteúdos normativos. O consenso ou a busca do sentido funcional exige o respaldo social. A justiça ou a busca do sentido justo exige que se atinjam os objetivos axiológicos do direito. Em função deles, podemos falar em métodos lógico-sistemático, sociológico e histórico e teleológico-axiológico” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 282).

⁴⁶⁹ Cf. ANDRADE, M., 1978, p. 78.

tradicional não poderem ser abordadas, procurar-se-á, muito superficialmente, o essencial daquilo que ainda é aceito por muitos juristas e operadores jurídicos.

Na dogmática hermenêutica em geral se entende que a interpretação, em sentido estrito, procura descobrir o pensamento expresso na norma, pois a lei não se identifica com a letra da lei. Desse modo, utiliza-se tradicionalmente a pesquisa do sentido lingüístico, a análise do contexto significativo da lei, da intenção reguladora, fins e idéias normativas do legislador, critérios teleológico-objetivos, critério sistemático, etc⁴⁷⁰.

Como assinala Fernando Noronha, quanto ao resultado a que se chegar, a interpretação será: *declarativa*, se coincidirem o pensamento expresso no texto e as palavras utilizadas, mesmo que haja vários sentidos, mas ainda passíveis de serem selecionados; *restritiva*, se as palavras da lei dizem mais do que ela “queria” dizer e é necessário limitar as hipóteses que se incluem nos termos utilizados; *extensiva*, quando se conclui que a lei disse menos do que “queria” ter dito e, portanto, é preciso ampliar as hipóteses que nela se incluem⁴⁷¹.

Em consideração aos métodos lógico-sistemáticos, seguindo Ferraz Junior, é preciso partir do pressuposto de que a letra da norma é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Além disso, iniciar da suposição de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Para enfrentar as questões de compatibilidade num todo estrutural e obter a conexão das sentenças num todo orgânico é necessário assumir, desde o início, que o ordenamento constitui uma unidade. Nesse rumo, convém observar a subordinação e a conexão das normas que culminam, em última instância, na Constituição. Também é importante que qualquer preceito isolado deva ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema jurídico, para assim preservar a coerência do todo⁴⁷².

Observações à luz da “interpretação sistemática”, na procura de soluções para o problema da proteção contra cláusulas abusivas, fora dos contratos de consumo, conduzem à investigação de uma concordância objetiva, tanto quanto possível, entre disposições legais singulares do Direito Privado e da Constituição. Exigem uma avaliação conjunta do Código Civil, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e da Constituição. Assim, entre várias interpretações possíveis, segundo o sentido literal de cada Código, deverá ter prevalência aquela que possibilite a garantia de concordância material, não só com outra disposição da mesma lei, mas em consideração a todo Direito Privado (não excepcional) e à Constituição. O teor literal da lei

⁴⁷⁰ Hart, entretanto, adverte que, os cânones de interpretação não podem eliminar todas as incertezas da linguagem jurídica, embora possam diminuí-las; “porque esses cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como as regras, não podem fornecer a sua própria interpretação” (HART, 1994, p. 139).

⁴⁷¹ Cf. NORONHA, 1988, p. 138-139; FERRARA, 1978, p. 147-152.

deverá estar de conformidade com o escopo subjacente à mesma⁴⁷³, e o máximo possível em concordância com o escopo de todo o ordenamento.

Como ressaltou Juarez de Freitas, “ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente”⁴⁷⁴. No mesmo sentido se manifesta Paulo Bonavides: “nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de organização ou construção do Estado, será idônea, fora dos cânones da interpretação sistemática, única apta a iluminar a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido para exprimir-lhe corretamente o alcance e grau de eficácia”⁴⁷⁵.

A análise sistemática do regramento dos contratos civis e empresariais poderá elucidar um descompasso entre o texto escrito e os princípios que servem de base à regulação e ao ordenamento. As concepções objetivistas (enfoque que estudaremos melhor adiante, no item 3.3) observam que é necessário verificar a concordância entre o quadro do sentido literal possível e a racionalidade própria da lei, seu *telos*, fins ou princípios, que podem ser os da regulação ou os demais fins e princípios fundamentais do ordenamento. Diante de uma hipótese concreta não abarcada pelas regras, mas cujo caso a densificação e concretização de princípios contemplariam, é mister verificar a caracterização da “lacuna” ou incompletude, para conduzir à melhor implementação da aplicação coerente do Direito.

Em alguma instância essa orientação hermenêutica se liga com concepção sobre a aplicação de princípios. Numa visão bem diferente, mas que não deixa de ser sistemática, Ronald Dworkin ensina que o Direito, como integridade, exige que as leis sejam avaliadas sob uma análise de “coerência horizontal” com os princípios e os propósitos que atualmente podem ser lidos na ordem jurídica⁴⁷⁶. Nisso já se encontra a problemática de outro método.

Na observância dos métodos sociológico e histórico, é mister enfatizar que a atividade interpretativa e integrativa do Direito requer a compreensão dos significados das expressões normativas e de todo o edifício normativo, não tanto em consideração à sua gênese no tempo, mas sobretudo quanto ao levantamento das condições atuais, em apreço à estrutura momentânea. Se a consideração histórica pode de fato auxiliar a entender os motivos condicionantes da feitura da lei, por outro lado os concretizadores não podem ficar vinculados estritamente à vontade do legislador.

⁴⁷² Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 283-285.

⁴⁷³ Cf. LARENZ, 1997, p. 468.

⁴⁷⁴ FREITAS, 1998, p. 56.

⁴⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 111.

⁴⁷⁶ Cf. DWORKIN, 1999, p. 271 et seq.

Assim, o desvendamento das estruturas sociais e de suas mudanças é importante porque os significados das normas possuem uma “conexão fática ou existencial com o conjunto vital — cultural, político e econômico — que condiciona o uso da expressão”⁴⁷⁷; bem como porque aquelas, simultaneamente, propiciam a irradiação de novas interpretações. Foi justamente por isso que, no capítulo anterior, se buscou enfatizar o problema das cláusulas abusivas em relação direta com os contratos padronizados e de adesão, demonstrando um possível descompasso entre a estrutura socioeconômica atual e o Direito posto no Código Civil.

Normalmente a doutrina destaca que os métodos de interpretação teleológicos e axiológicos aconselham que, diante da presença de termos com uma maior carga valorativa, o intérprete procure generalizar de tal modo esses valores que eles passem a expressar “universais do sistema”, procurando atribuir, sempre que possível, um propósito ou finalidade para as normas. Os teóricos propugnam que essas considerações carregam para a decisão judicial através da exigência teleológica, que está expressa no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil — LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁴⁷⁸. Compreende-se que, com a menção aos “fins sociais” do Direito e ao “bem comum” da sociedade, a ordem jurídica busca, em seu conjunto, a realização da sociabilidade humana. Assim, é preciso encontrar na Constituição, nas leis, nos regulamentos, em todas as manifestações normativas o seu *telos* (fim), que nunca poderá ser anti-social⁴⁷⁹.

As teorias da interpretação e da integração do Direito mais recentes também são obrigadas a considerar o art. 5º da LICC e não negam as considerações acima mencionadas, mas seguem caminho diferente da dogmática hermenêutica mais tradicional. Procuram distanciar-se das maneiras clássicas de perquirir o *telos* e os valores da lei, seja à maneira da “jurisprudência dos conceitos”, da “jurisprudência dos interesses”, da “jurisprudência dos valores”, ou ainda das concepções ligadas à teoria da “natureza das coisas” e dos conceitos de “âmbito normativo” [cf. 4.1.1 e 5.2.3].

As novas concepções metodológicas tendem a valorizar *sempre* a utilização de princípios jurídicos (expressos e latentes) na prática da decisão. Assim, as regras clássicas de interpretação e, principalmente, as orientações que serão vistas adiante, sobre a integração do Direito, especialmente sobre a analogia, não terão o

⁴⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 285-286.

⁴⁷⁸ Segundo Ferraz Junior, no art. 5º da LICC “não se trata de uma regra de *interpretação*, como se fosse dado ao intérprete ‘corrigir’, por um juízo de valor, o *sentido* da lei, mas sim um princípio de *aplicação*, que autoriza o decididor a aproveitar as nuances do caso concreto em confronto com o texto legal: é a *decisão* que deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Que o sentido da lei satisfaça a ambos é um pressuposto interpretativo do legislador racional” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 313).

⁴⁷⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 287-289. Adiante, o autor destaca que “a concreção dos conteúdos normativos, conceituados, eventualmente, de forma vaga e ambígua, porém, não é arbitrária, mas vem balizada

mesmo *status* atribuído no âmbito da hermenêutica jurídica tradicional. Da colocação de princípios na prática da decisão judicial tratar-se-á adiante [capítulos IV e V]. Primeiramente serão vistas algumas considerações de base, na linha da extensão analógica do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, na seqüência, de acordo com os pressupostos expostos no início desse capítulo, convém examinar quais os subsídios teóricos para apurar se realmente pode ser caracterizada a lacuna no Direito Civil e Empresarial pela falta de um regime de nulidade das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Se a conclusão for afirmativa, então adiante será importante verificar o procedimento para solucionar o problema, utilizando-se as recomendações da hermenêutica jurídica nessa linha.

Sem pretender deflagrar polêmicas que não cabem nessa instância, trata-se de realizar uma breve análise da teoria geral, para verificar os conceitos de completude (lacunas), modos de produção e integração do Direito, entre outros que foram desenvolvidos com o objetivo de proporcionar objetividade e racionalidade à atuação do Estado.

3.2.3 Conceito e espécies de lacunas na teoria geral do direito

O termo “lacuna” está diretamente ligado a um caráter incompleto. Nesse sentido, segundo Larenz, falar que a lei contém lacunas, significa aceitar que aspira, em certa medida, regular qualquer caso, isto é, a *completude*⁴⁸⁰. Como diz Bobbio, “falta a completude, e então trata-se de preencher uma lacuna”, porque “o caso de lacuna” “é um caso em que há menos normas do que deveria haver”, “onde o dever do intérprete é, [...] acrescentar aquilo que falta”⁴⁸¹.

Assim, define Noronha: “Temos uma lacuna quando se conclui que a hipótese concreta não está tratada na norma, por que não cabe no seu sentido literal possível, mas, não obstante, a sua regulamentação deveria constar da lei em causa”⁴⁸². Portanto, trata-se da “falta duma disposição que regule especialmente certa matéria ou caso”, como diz Ferrara⁴⁸³. É a própria ordem jurídica, como tal, que *exige* a regra que falta⁴⁸⁴.

pelo próprio sistema. Assim, o controle do processo decisório encontra princípios de balizamento da aplicação” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 313).

⁴⁸⁰ Cf. LARENZ, 1997, p. 526.

⁴⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio Cicco e Maria celesse C. J. Santos. Brasília: Ed. da UNB, 1994. p. 115-117.

⁴⁸² Cf. NORONHA, 1988, p. 139.

⁴⁸³ Cf. FERRARA, 1978, p. 156.

Definida desse modo, a expressão “lacuna” restringe-se a um determinado sentido. Insuficiências que não se podem suprir a partir do próprio sistema jurídico são encontradas em muito poucas hipóteses, uma vez que o próprio sistema jurídico oferece mecanismos para completar-se. É sabido que a *completude* da ordem jurídica resulta de que os casos não previstos recaem sobre outras normas de remissão, predispostas para a sua regulamentação pelo poder criativo do juiz (art. 4.º da LICC)⁴⁸⁵.

Além disso, a análise do conceito de lacuna implica também, entre outras questões, que a incompletude seja avaliada não só tendo como alvo verificar se a regulação é materialmente exaustiva e, nesse sentido, “completa”, mas sobretudo se é materialmente adequada⁴⁸⁶. Uma legislação pode ser, à primeira vista, exaustiva, quando observada sem uma análise teleológica e principiológica. Quando, porém, for avaliada em comparação com o seu próprio conjunto ou com o sistema jurídico, não será possível concluir a mesma coisa, porque é materialmente inadequada. A questão de saber se num determinado caso existe ou não uma lacuna, exige um juízo de valor e, portanto, pressupõe a atividade de pensamento teleológico⁴⁸⁷. Na realização dessa tarefa, recebe especial relevo o papel desempenhado pelos argumentos de princípios jurídicos e pelos argumentos de colocação de fins, na prática da decisão judicial.

Larenz considera que existem dois tipos de lacunas bem definidos: *lacunas da lei* (que podem distinguir-se em duas espécies, *lacunas normativas* e *lacunas de regulação*) e *lacunas do direito*⁴⁸⁸. Há uma lacuna da lei quando uma norma particular não pode ser aplicada sem que se lhe acrescente uma nova disposição não contida expressamente nela. Por tratar-se de norma jurídica particular incompleta, se designa “lacuna

⁴⁸⁴ Essa idéia de *falta* pode sugerir que “uma lacuna é sempre um menos no todo”, entretanto, “a lacuna pode ser um mais, indesejável, não satisfatório”, completa Ferraz Junior (cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 217).

⁴⁸⁵ Lembra Norberto Bobbio, que “onde age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema está sempre, em sentido próprio, completo, porque em cada circunstância é completável e, portanto, o problema da completude ou incompletude nem se apresenta” (BOBBIO, 1994, p. 145). Atualmente compreende-se que, mesmo no espaço de liberdades negativas, no sentido de não intervenção do Estado, pode haver *limites imanes* no ordenamento, que podem ser constatados por interpretação, evitando-se o abuso e o prejuízo dos outros (cf. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 215-216; cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 167).

⁴⁸⁶ Cf. LARENZ, 1997, p. 532.

⁴⁸⁷ Nessa linha, resumindo o pensamento de Binder e Heck, Larenz afirma que “a ocorrência de uma ‘lacuna’ não significa que não seja possível decidir com fundamento na lei (mediante subsunção lógico-formal), mas sim e só que a decisão por essa via possível não é ‘apropriada’, quer dizer, não é teleologicamente passível de fundamentação” (LARENZ, 1997, p. 145).

⁴⁸⁸ Fernando Noronha chega a uma conclusão semelhante: “falar em lacunas da lei, ou mesmo de outras normas, não é a mesma coisa que falar em lacunas do sistema jurídico. As lacunas de normas são suscetíveis de atividade integrativa, que se faz recorrendo à analogia; as lacunas do sistema só são colmatadas através da construção de Direito novo, ainda que essa seja feita por via jurisprudencial. Só há lacuna da lei, verdadeira e própria, quando se trate de hipótese de imperfeição da lei, que vá contra o plano geral dessa; por outras palavras, há lacuna quando a lei tiver ficado ‘incompleta’, não obstante fosse seu objetivo regular na totalidade uma dada situação” (NORONHA, 1988, p. 82).

normativa”. Outra espécie de lacuna da lei ocorre quando uma determinada regulação, em seu conjunto, não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo o seu plano e intenções subjacentes, precisa de uma regulação. Nesse caso, não há conseqüências jurídicas para uma dada situação fática. Tais lacunas são denominadas “lacunas de regulação”⁴⁸⁹.

Segundo Larenz, uma “lacuna” da lei significa a falta de uma regra determinada, na qual, segundo a “intenção reguladora subjacente” ou o “contexto global da lei”, era de se esperar uma regulação também dos casos não regulados. É o fim da regulação que requer o preenchimento dessa lacuna e o caminho para isso indicam-no as regras respectivas da lei para os casos nela regulados. Assim, a investigação para saber se há ou não uma lacuna da lei deverá ser realizada a partir do ponto de vista da própria lei, da “intenção reguladora que lhe serve de base”, dos “fins com ela prosseguidos” e do “plano legislativo”⁴⁹⁰.

Os critérios são importantes para aferir a existência de lacunas, pois, de acordo com a pauta de valoração utilizada para a constatação da imperfeição da lei, é possível concluir que há uma falha da lei na perspectiva da política legislativa, e, nesse caso, não se poderia afirmar que há uma lacuna da lei. Se a pauta de valoração utilizada para a constatação da imperfeição da lei não for a intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei, mas uma pauta crítica baseada em razões político-econômicas e político-sociais, poder-se-á encontrar boas razões para demonstrar que a lei precisa ser aperfeiçoada, entretanto, nesse caso, o que fica caracterizado são falhas de política legislativa e não propriamente incompletude da lei. Ainda nessa situação, entretanto, o Judiciário não estaria totalmente excluído de atuar para melhorar a lei. Assim diz Larenz: “Se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado é não uma integração de lacunas, mas em última instância, um desenvolvimento do Direito superador da lei”⁴⁹¹.

Distintas das “lacunas da lei” são as “lacunas do Direito”⁴⁹². Nesse caso, a lei comparada com o seu plano regulador não se mostra incompleta, porém a lacuna se mostra patente quando a lei é observada em

⁴⁸⁹ Cf. LARENZ, 1997, p. 527-528.

⁴⁹⁰ Cf. LARENZ, 1997, p. 529. Segundo Carlos Maximiliano: “Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* – ‘é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 129).

⁴⁹¹ LARENZ, 1997, p. 531.

⁴⁹² Larenz chama a atenção para uma objeção à afirmação da possibilidade da “lacuna do Direito”, que é o fato de que não há um “plano conjunto do Direito” para poder aferir esse tipo de lacuna, pois só é possível falar de um plano e intenção reguladora em relação à lei. É claro que um ordenamento jurídico contém diversas valorações e nem sempre é possível evitar contradições. Mas, em princípio, deve valer pelo menos como hipótese de trabalho a idéia da inexistência de contradição lógica, isto é, a crença de que há compatibilidade material e concordância interna das normas jurídicas e dos complexos reguladores. Desse modo, o que convém considerar é a inadequação da expressão “lacuna do Direito”, uma vez que legisladores, juízes e intérpretes precisam ter sempre em mente a busca da coerência e unidade interna do sistema, o qual apresenta-se suscetível

confronto com a ordem jurídica em seu conjunto, na medida em que deixa de legislar sobre todo um setor que necessite de uma regulação, ou não contém um instituto jurídico que deva conter⁴⁹³.

Norberto Bobbio, resumindo o pensamento de Brunetti, assinala que, quando se observa determinado ordenamento legislativo, “considerado como parte de um todo e confrontado com o todo”, é que podem surgir as verdadeiras lacunas. Porém, o autor enquadra essas lacunas na categoria das que ele chama de “lacunas ideológicas”, isto é, “na oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”⁴⁹⁴. Essa afirmação parece problemática, levando-se em consideração que o “espírito de todo o sistema” pode ser retirado, não de um sistema ideal, mas dos *princípios jurídicos* (positivos e subjacentes).

Bobbio distingue lacunas *próprias* (ou reais) e *impróprias* (ou ideológicas). A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema, por isso, é preenchível, pelo intérprete, mediante as normas vigentes⁴⁹⁵. A lacuna imprópria resulta da comparação com um sistema ideal e somente pode ser eliminada através da formulação de novas normas, completáveis somente pelo legislador. Portanto, segundo o autor, não faz nenhum sentido falar delas. Outra distinção se dá entre lacunas *subjetivas* e *objetivas*. As subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador. Podem ser *voluntárias*, que são aquelas deixadas de propósito pelo legislador, porque as situações são muito complexas e há dificuldade de regular com regras muito miúdas; então, elas são confiadas ao poder criativo dos órgãos, que deverão preencher as “diretrizes gerais” aptas

a uma constante recepção criativa, configurando-se, desse modo, um “sistema aberto” e não um “sistema fechado”, como aquela expressão, em princípio, poderia induzir a pensar (cf. LARENZ, 1997, 534).

⁴⁹³ Nas palavras de Larenz: “Por tal pode entender-se o caso em que uma lei particular não está incompleta em si, quer dizer, comparada com o seu plano regulador, mas sim na ordem jurídica em conjunto, enquanto deixa legislativamente por regular todo um setor que carece de uma regulação ou não contém um instituto jurídico que deva conter, atendendo a uma necessidade imprescindível do tráfego ou a um princípio jurídico afirmado pela consciência jurídica geral” (LARENZ, 1997, p. 533). Como assinala Carlos Maximiliano, a parte mais nobre e mais fecunda da arte da investigação hermenêutica, “é a que examina as leis não defeituosas (não obscuras, nem ambíguas), estuda as normas em conjunto, na variedade das suas relações e na riqueza dos seus desenvolvimentos. É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídicos-sociais, — verdadeiro sociólogo do Direito” (MAXIMILIANO, 1979, p. 39). Segundo o autor, é num *processo sistemático* de comparação de dispositivos do mesmo repositório ou de leis diversas que o hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma não viola a outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada (cf. MAXIMILIANO, 1979, p. 129).

⁴⁹⁴ BOBBIO, 1994, p. 142-143.

⁴⁹⁵ Segundo Bobbio, “temos lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra” (BOBBIO, 1994, p. 143).

a serem integradas ou completadas; por isso, nem podem ser consideradas verdadeiras lacunas. E *involuntárias*, que ocorrem por descuido do legislador⁴⁹⁶.

Outra distinção feita por Bobbio é entre lacunas *praeter legem* e lacunas *intra legem*. As *praeter legem* surgem “quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade”; para integrá-las terá que se formular novas regras ao lado das expressas. As *intra legem*, aparecem “quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher”; para colmatá-las as novas regras terão que ser formuladas dentro das regras já expressas⁴⁹⁷.

Para além das considerações feitas acima, convém destacar que, se a lacuna surgir da constatação de um descompasso material da lei à luz dos princípios jurídicos expressos e latentes no ordenamento, poder-se-á ir além do *praeter legem*. Pode-se, então, entrar na esfera do *extra legem*, porém sem sair do âmbito do Direito (*intra jus*), porque ainda se trata da constatação e preenchimento de lacuna que surge a partir dos princípios do ordenamento. Essas são hipóteses de “construção de Direito novo”⁴⁹⁸, mas se é concretização coerente dos princípios do ordenamento, é um direito que se encontra logo ali⁴⁹⁹.

3.2.4 A carência de um regime de controle de cláusulas abusivas no Código Civil

Feita essa rápida digressão pelo conceito e espécies de lacunas, convém indagar onde está localizada a matéria relativa às nulidades das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Cabe verificar se é possível caracterizar a existência de uma escassez de regras para o controle das cláusulas abusivas

⁴⁹⁶ Cf. BOBBIO, 1994, p. 143-144. Ferrara também se refere a lacunas *intencionais* ou *involuntárias*, segundo seja o legislador que deliberadamente se omite de regular certas situações que não julga ainda maduras para uma disciplina própria, deixando a decisão para a jurisprudência; ou a deficiência da legislação advém da omissão involuntária ou de não se ter tido uma visão completa do assunto a regular (cf. FERRARA, 1978, p. 157).

⁴⁹⁷ Cf. BOBBIO, 1994, p. 145.

⁴⁹⁸ Cf. NORONHA, 1988, p. 127, 140 et seq.

⁴⁹⁹ Conforme M. M. Serpa Lopes o direito positivo contém lacunas, mas “o Direito em geral não tem lacunas”: “*Não há lacunas*, refere Castro y Bravo, porque o Direito se completa a si mesmo, mediante a atividade do juiz; *há lacunas*, porque se reconhece a existência de casos, e que é necessário sair-se fora da lei para se encontrar a necessária solução, abandonando-se os pretendidos procedimentos lógicos. Por isso entende o ilustre jurista espanhol que não se deve falar de lacunas, porquanto *não há falta de quantidade* senão *falta de adequação*, sendo mais apropriado falar-se de imperfeição da lei ou do Direito e, a respeito de uma ou de outra, de

nos contratos civis e empresariais, independentemente das contribuições que possam advir do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 29 manda aplicar o regime de proteção aos consumidores-equiparados.

Nessa análise, seguindo as orientações da hermenêutica jurídica mencionada acima, tentar-se-á desvendar se o próprio potencial da teleologia, imanente em algumas regras, e se os princípios do Código Civil de 2002 auxiliam na tarefa de revelar a existência ou não da lacuna.

a) Lacuna de regulação

Cumpra, desde logo, observar algumas regras do Código Civil de 2002 que têm uma incidência direta sobre cláusulas que poderiam ser qualificadas como abusivas em sentido amplo. O art. 424 “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. A referência à “natureza do negócio” traz a idéia de *mínimo contratual*⁵⁰⁰, da necessidade de se assegurar o respeito pelas obrigações essenciais do contrato que, quando atingido por uma cláusula de renúncia antecipada de direito, será essa estipulação considerada nula. A fim de identificar a cláusula abusiva, o juiz deve analisar quais os direitos e obrigações inerentes àquele tipo de contrato. Conforme enfatiza Luiz Guilherme Loureiro:

Assim, por exemplo, em contrato de compra e venda, é abusiva a cláusula que excluir a responsabilidade do vendedor pelo vício redibitório do bem, uma vez que o comprador tem o direito de receber a coisa para o uso a que é destinada e com o valor que lhe é próprio. Da mesma forma, devem ser consideradas abusivas as cláusulas que reservem ao predisponente a faculdade exclusiva de não executar suas obrigações, que lhe concede o direito de determinar unilateralmente o preço da venda (art. 489 do CC) ou ainda a que lhe permite modificar a data da tradição já estipulada e as características dos bens ou serviços⁵⁰¹.

Na análise de outros dispositivos, observa-se de modo semelhante que o legislador coíbe outras hipóteses específicas, como a clássica cláusula leonina no art. 1.008: “É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Outra norma com a mesma *ratio legis* é a constante do art. 122, 2ª parte, do Código de 2002, em especial relativa às “condições potestativas”: “entre as condições defesas

imperfeição de conteúdo e de imperfeição técnica” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1. p. 180).

⁵⁰⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 302.

⁵⁰¹ LOUREIRO, 2002. p. 122.

se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”⁵⁰².

Essas são normas que poderiam ser reunidas num mesmo pano de fundo teleológico, pois todas se colocam contra as cláusulas abusivas nos contratos. O retroceder de todas as disposições particulares à *ratio legis* possibilita a sua recondução a um princípio jurídico geral, que é esclarecedor pelo conteúdo de justiça material a ele inerente: *a equivalência do conjunto de direitos e obrigações das partes*, isto é, o *equilíbrio contratual* que deve presidir as relações contratuais. Entretanto, apenas considerados isoladamente esses dispositivos e algum outro em que se poderia encontrar o mesmo plano teleológico, ou melhor, deontológico, não há possibilidade de cobrir toda a extensão das manifestações de tendências abusivas nos contratos civis e empresariais, nem é possível dizer que há um regime de nulidades para as cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão⁵⁰³.

Desse modo, é possível concluir que no Código Civil de 2002 falta uma disposição ou mais que regule especialmente a matéria ou os casos de cláusulas abusivas em geral. Por outro lado, torna-se claro que é a própria legislação civil, como tal, que *exige* a regra que falta, pelo substrato de direito material que requer coerência. Isso fica mais evidente ainda quando se avalia a questão do ponto de vista de todos os princípios gerais dos contratos, que estão na base das normas, conforme já ficou visto anteriormente [1.4.2 e 2.3.2].

Segue-se que temos uma *lacuna de regulação*, porque há um dado estado de coisas que não está regulado: nas regras do Direito Civil e Empresarial não há conseqüências jurídicas para todas as cláusulas abusivas no âmbito das relações contratuais civis e empresariais. Entretanto, observando o próprio ordenamento

⁵⁰² A doutrina mais alerta ao problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, mesmo após a entrada em vigor do CDC, procurou estender os preceitos do antigo Código Civil, por via analógica das figuras tradicionais que apareciam nele. Nesse sentido, aduz Alcides Tomasetti Jr.: “A apontada lacuna do direito privado legal é entretanto suscetível de ser colmatada pela aplicação analógica da 1ª parte do art. 115 do CC combinada com a norma da 1ª parte do art. 153, e com o mandamento da 1ª parte do n. II ao art. 145 da mesma lei. O fundamento dessa regra analogicamente construída (LICC, art. 4º) está em que a primeira das citadas normas legais priva de validade as ‘condições’ (stricto sensu) (CC, art. 114) que sujeitarem a eficácia do negócio ‘ao arbítrio de uma das partes’ (CC, art. 115, 2ª parte)”. (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. *Revista de Direito do consumidor*, São Paulo, RT, n. 2, p. 52-66, [1992]. p. 63).

⁵⁰³ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com todo seu conhecimento teórico e prático, verifica os dois artigos sobre os contratos de adesão, já no Projeto do Código: havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação será mais favorável ao aderente (atual art. 423); é nula a cláusula de renúncia antecipada do direito que resultar do contrato (atual art. 424). E conclui: “A experiência tem mostrado que o contrato de adesão, com as suas condições gerais, tem servido para muitos abusos, e se impunha regramento mais específico para excluir ou diminuir o impacto de estipulações sobre multas e outros acréscimos devidos pela mora, eleição de foro quando significa negativa de acesso à defesa em juízo, perda das prestações pagas, dificuldades para a purga da mora ou para as providências tendentes à conservação do negócio, direito de prévia interpeleção, limitação de responsabilidade, imposição de mais deveres a um do que ao outro, etc. Daí que melhor teria sido ampliar a regulação dos contratos de adesão” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 27).

na sua totalidade, por aplicação dos princípios que se encontram no Código Civil, revela-se mister uma regulação da matéria de forma mais completa.

b) Lacuna involuntária

Outra questão é saber quando uma lacuna pode ser considerada voluntária ou involuntária.

Considerando que a cláusula abusiva se tornou objeto de maior preocupação após a proliferação da padronização contratual, especialmente no final da década de 1980, parece adequado dizer que não foi por capricho do legislador que ela foi ignorada pelos redatores do Código Civil de 1916 e do Projeto de Código Civil de 1975⁵⁰⁴, em vigor atualmente. É provável que o legislador não tenha chegado a perceber a problemática das cláusulas abusivas de modo cabal (*lacuna de previsão*), talvez porque as condições históricas não o permitiram, ou até mesmo porque o exame do problema não tenha sido suficientemente cuidadoso. Assim, se a deficiência da legislação advém da omissão involuntária do legislador, por não ter tido uma visão completa do assunto a regular, caracteriza-se uma *lacuna involuntária*. Precisamente por isso, maiores são as razões para se procurar alternativas jurídicas para a questão.

De outra banda, dada a disciplina designada no Código de 2002 para institutos como os da lesão (art. 157), dos contratos padronizados e de adesão (arts. 423 e 424) e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), faz sentido lembrar que os indivíduos apegados à idéia de que onde não há regra proibindo, há permissão para se fazer o que quiser, irão defender o entendimento de que já existe um regime de controle das cláusulas abusivas no Código Civil, não havendo qualquer lacuna⁵⁰⁵. Nesse sentido, o argumento mais forte talvez seja o de que o legislador voluntariamente deixou de regulamentar a matéria, reservando um espaço mais amplo à liberdade contratual.

De qualquer modo, tanto o que foi dito anteriormente, tentando caracterizar a falta de um regime de nulidade como lacuna involuntária, quanto essa argumentação conservadora, trazem no seu bojo algo grave, que

⁵⁰⁴ Cf. NORONHA, 1991, p. 04.

⁵⁰⁵ Como bem ensina Teresa Negreiros, a disciplina designada no Código de 2002 para institutos como os da lesão (art. 157), dos contratos padronizados e de adesão (arts. 423 e 424) e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), é criticada por ter tido uma conformação bem mais restritiva, “em regra ainda muito vinculada a uma concepção voluntarista e abstrata do fenômeno contratual”, representando um “retrocesso” relativamente à que se oferece no Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, “com o advento do novo Código, torna-se mais difícil defender a influência dos princípios estabelecidos no CDC para além das fronteiras das relações de consumo” (NEGREIROS, 2002, p. 308-309). Adiante assinala que mantém a sua atualidade a interpretação que busca extensão do Código do Consumidor, mas adverte: “Contudo, diante do novo Código Civil, considerando que ali se passou a contemplar expressamente o contrato de adesão (art. 423 e 424), torna-se

é próprio das teorias subjetivistas: a atribuição de um peso elevado à “vontade do legislador”, a qual dificilmente existem condições de aferir. Por isso, as refutações feitas pela teoria objetivista acabam servindo tanto à primeira argumentação como a esta última, contudo a primeira tem a seu favor as evidências dos fatos históricos. Pode-se acrescentar ainda que o espaço da liberdade contratual não está isento de controle, mesmo sem que haja restrições expressas em regras, porque as limitações são confiadas ao poder dos órgãos que devem preencher as diretrizes gerais dos contratos, fazendo a aplicação dos princípios nos casos concretos.

Na linha objetivista, se dirá que a legislação civil por si só não tem o atributo de exaustividade e que, porque uma parte da matéria relativa a cláusulas abusivas foi regulada, não significa que disso decorra a caracterização da “completude”. O texto legal pode, a qualquer tempo, revelar-se incompleto ou materialmente inadequado em relação aos princípios e aos propósitos atuais. Pode inclusive despontar, desde o seu nascedouro, com essas características, especialmente quando se mantém apegado a antigas concepções. Bem assim, também quando se ancora em antigos paradigmas técnicos⁵⁰⁶.

É justamente o que aconteceu com o Código Civil de 2002, que veio à luz com insuficiência de regras para a efetivação dos propósitos que se destacam, em comparação com o conjunto dos seus próprios princípios ou dos princípios que já estavam vigentes, para presidir a ordem econômica. A não regulação, de alguma maneira, de toda espécie de cláusulas abusivas, até pode ser vista como de harmonia com a época em que foi projetado o Código (1975), mas isso pouco interessa. O que ocorre é que, em relação aos princípios que regiam e ainda presidem a ordem econômica e, especificamente, as relações contratuais, quando o Código entrou em vigor já estava ultrapassado⁵⁰⁷.

mais difícil sustentar a aplicação extensiva do regime do CDC, já que onde antes se deparava uma lacuna, agora se depara uma disciplina expressa” (NEGREIROS, 2002, p. 374, nota 600).

⁵⁰⁶ De acordo com as diretrizes apontadas por Miguel Reale para a feitura do Código, em matéria de Direito Contratual, parece que uma das falhas foi que, ao se tentar cumprir a linha diretora fundamental de “consagrar, no Código, aquilo que é duradouro”, por outro lado, acabou-se esquecendo da “diretriz da operabilidade”. Ou seja, se de uma parte fixaram-se alguns princípios, como o da “socialidade”, para tornar o “modelo aberto”, de outra parte faltou ao Código “transformar-se em instrumento de ação no plano da lei civil”, a fim de evitar realmente aquela “discussão cerebrina” que visava evitar. Faz sentido confiar na “estrutura hermenêutica” como “complemento natural da estrutura normativa”, mas nesse estágio seria mais adequado que se fixassem algumas balizas para a implementação mais rápida. Nas suas palavras: “o direito é feito para ser executado” (cf. REALE, Miguel. Diretrizes da reforma do Código Civil. *Revista do advogado*, n.19, p. 05-12, out. 1985. p. 06-10; cf. também REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 9, p. 09-17, jan./mar. 2002. p. 10-16). Como destaca Antônio Junqueira, “o paradigma, que antes era o da lei, passou a ser o do juiz e, agora, é o da solução rápida do caso concreto” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 11-17, maio, 2000. p. 15 et seq.).

⁵⁰⁷ Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, o que consiste talvez, na pior omissão do Código Civil “é a questão das cláusulas abusivas”. Escrevendo antes de o novo Código entrar em vigor, o autor afirmava que “o direito civil como está é mais atual que o Projeto. O direito civil como está é superior ao direito civil como ficaria, se fosse aprovado o Projeto” (AZEVEDO, 2000, p. 15 e 17).

O fato é que, desde o projeto do Código, já se criticavam suas falhas, seja em relação ao que demandavam as observações da doutrina quanto aos princípios gerais dos contratos, seja em relação à disciplina do CDC ou aos princípios da Constituição. Desse modo, o novo Código Civil apenas perpetuou uma lacuna já existente: “a reforma veio introduzir uma inovação que se fazia sentir, mas disse menos do que poderia ter dito”, nas palavras do prestigiado Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁵⁰⁸.

c) Lacuna própria

Sob outro aspecto, cabe dizer se a lacuna da lei é *própria* ou *imprópria*. A nosso ver, trata-se de uma *lacuna própria*, porque, em primeira análise, pressupõe-se a possibilidade de constatação e de colmatação pelo próprio sistema. Mesmo no sistema do Direito Privado se encontram alternativas de solução. Por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor já existe positivado um conjunto de regras para o controle judicial das cláusulas abusivas, as quais são passíveis de extensão a outras áreas do Direito, conforme o próprio indicativo do art. 29 do CDC [cf. 3.4.2]. Outra perspectiva de colmatação dará maior enfoque aos princípios de modo geral.

Do ponto de vista dos princípios, sejam eles princípios gerais do Direito dos Contratos ou princípios constitucionais, acredita-se que também seja possível não só a constatação da lacuna como também a integração da lacuna. Como já ficou visto no capítulo anterior, os princípios gerais dos contratos não admitem qualquer espécie de abuso. Assim, fornecem subsídios tanto para a verificação da lacuna (falta de um regime de nulidade das pretensões contratuais abusivas), como também para a sua colmatação pelos juízes (declaração de nulidade de cláusulas abusivas)⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 28. Cristiane Paulsen Gonzalez, após examinar a matéria sobre o controle das cláusulas contratuais, assinala que o novo Código “evoluiu, e muito, está bem mais adequado ao que se vê no mundo dos fatos; entretanto, ainda longe do alcance e detalhamento do CDC, portanto muitas vezes imprescindíveis. Dessa feita, apesar da Lei nº 10.406, inclusive na área de abrangência dessa, muito provavelmente o CDC continuará sendo bastante solicitado para a analogia” (GONZALEZ, 2003, p. 184).

⁵⁰⁹ O novo Código Civil refere-se à boa-fé a propósito da interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), a respeito do exercício de direitos (art. 187) e, como norma de conduta imposta aos contratantes, para todas as fases do contrato, desde a pré-contratual, de conclusão e de execução do contrato (art. 422) e pós-contratual. Em especial nesse último dispositivo consubstancia autêntica norma de conduta oponível aos contratantes, limitando o exercício de direitos e criando deveres anexos, geralmente não cumpridos quando se trata conduzir à assinatura de contratos com cláusulas abusivas. Assim também, o princípio da função social do contrato exige: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Por seu turno, o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual, amplamente consagrado no Direito do Consumidor, agora também se faz presente em vários dispositivos expressos no Código Civil (como por exemplo, art. 157, 317 e 478), e assimila várias implicações decorrentes da desigualdade de poder negocial e do desequilíbrio contratual.

Os princípios constitucionais também carregam uma nova ética para o âmbito das relações contratuais privadas⁵¹⁰. Se bem analisados, contêm força deontológica que explicita a necessidade de prestar proteção contra cláusulas abusivas impostas aos mais fracos, independentemente de constituir-se uma relação de consumo. Porque, afinal, uma nova compreensão da interpretação e integração do Direito exige que o juiz, quando decide, “aplique o Direito” na sua totalidade. Assim, “a incidência e a aplicação desses princípios não dependem de lei ordinária”, como disse Alcides Tomasetti Júnior⁵¹¹.

Entretanto, cabe uma observação. Se a lacuna resultar também da consideração do conjunto do ordenamento, como por exemplo, se for decorrência da falta de regras para a concretização dos princípios constitucionais, então, além de lacuna de regulação, a visão da dogmática hermenêutica clássica haveria de admitir a falta de um regime de nulidade das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais também como uma “lacuna do Direito” ou “lacuna do sistema”. É claro que a teoria tradicional nunca defendeu a aplicação de princípios constitucionais, nos termos que hoje se costuma afirmar, por isso, jamais uma questão como essa seria colocada.

O entendimento aqui defendido é de que os princípios gerais dos contratos encontram-se implícitos ou descendem dos princípios constitucionais; há uma complementaridade de princípios em níveis de *densidade* diferentes⁵¹². Quer isto dizer que, se a carência de mecanismos para o controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais salta aos olhos à luz dos princípios gerais dos contratos, a falta de proteção aos mais fracos, nessas relações contratuais, aflora também dos princípios constitucionais, em menor “determinabilidade” ou “densidade” (cf. cap. V).

De acordo com a maneira em que admitirmos a formulação da nova regra para a supressão da lacuna, esta poderá ser considerada uma lacuna *praeter legem*, se a forma mais adequada para supri-la for a via

Esses princípios gerais dos contratos possibilitam contrastar a falta de proteção contra cláusulas abusivas nas regras do Código Civil e revelam-se adequados à fundamentação de uma tutela aos contratantes vulneráveis, como se verá melhor no IV capítulo.

⁵¹⁰ Sob a ótica constitucional, lembram-se aqui os princípios constitucionais do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da igualdade substancial (art. 3º, III, e art. 5º *caput*, da CF), e da solidariedade (art. 3º, I, CF) (cf. NEGREIROS, 2002, p. 28). Até mesmo o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) não se dirige apenas à relação entre Estado e indivíduo; também entre os particulares não poderá haver imposições dos mais fortes. Quando se ofende algum princípio geral do Direito dos Contratos, também se fere a “legalidade” considerada em sentido amplo: o Direito. Considere-se também a preocupação com a *justiça social* do texto constitucional, que se apresenta tanto no capítulo 2º do Título II, visando proteger os “mais fracos” (trabalhadores, consumidores, etc.), como no art. 170, exigindo que a autonomia privada (“livre iniciativa”) atenda aos “ditames da justiça social”. No art. 173, § 3º, prevê-se a repressão ao abuso do poder econômico.

⁵¹¹ Cf. TOMASETTI JÚNIOR, [1992], p. 64.

⁵¹² Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1165 e 1185.

analógica⁵¹³, ou lacuna *extra legem (intra jus)*, se a sua colmatação for mais adequada a partir dos princípios do ordenamento. Do ângulo hermenêutico tradicional, nesse ponto colocar-se-ia a discussão sobre se há ou não legitimidade no caso de a “concretização normativa” ir além da *ratio legis* para configurar novas hipóteses normativas de nulidade de cláusulas, as quais o ordenamento não prevê, ou as prevê de modo insatisfatório.

A interpretação defendida neste estudo é de que essa distinção acima não tem interesse prático aqui, uma vez que ambas as formas de compreender o fenômeno permanecem ancoradas ou na *ratio legis* ou *ratio juris* e convergem para o mesmo resultado, isto é, a admissibilidade da análise do conteúdo contratual pelo juiz, a fim de redução de cláusulas parcialmente abusivas (ou meramente desproporcionais) e declaração de nulidade de cláusulas abusivas. Nesse sentido, a colmatação da lacuna, através do procedimento por analogia e por princípios, pode ser vista como complementar. Tais procedimentos são linhas de raciocínio, oferecidas pela hermenêutica jurídica, que não se excluem, mas devem, de preferência, ser utilizadas conjuntamente. A interpretação, em sentido amplo, para a integração de lacunas, deve ser um ato de síntese em que o intérprete, para alcançar o grau mais elevado de *coerência do Direito*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance.

3.2.5 Modos de produção e modos de integração do Direito

A questão da completude (e das lacunas) do ordenamento, visto como sistema, aponta para o problema dos *centros produtores de normas*; isto é, admitidas as lacunas também se aceita que o sistema, a partir do seu centro unificado de produção normativa, não dá conta de cobrir todos os comportamentos, exigindo outros canais de irradiação de normas⁵¹⁴.

Sobre esse pano de fundo emerge a discussão que diz respeito às chamadas “fontes do Direito”, ou melhor, aos “modos de produção do Direito”. A realidade em constante mudança e a verificação do seu descompasso com o Direito posto exigiram o rompimento com o postulado da absoluta tripartição dos poderes entre as atividades legislativa, executiva e judiciária, de tal modo que não há como negar ao Judiciário uma atividade produtiva do Direito. Contudo, para manter as condições de *segurança jurídica e correção* ou

⁵¹³ Segundo Ferraz Junior, a analogia, é *instrumento técnico* de que se vale o juiz para suprir a lacuna. “A norma dele resultante é, então, norma jurisprudencial *praeter legem*” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 243).

⁵¹⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 219.

decidibilidade racional dos conflitos, também se cria outro debate em relação aos modos de integração de lacunas⁵¹⁵.

Tercio Ferraz Junior distingue os modos de integração de lacunas entre instrumentos *quase-lógicos*, como é o caso da analogia, onde há um procedimento analítico e por isso ela deve ser entendida como atividade interpretativa do Direito constituído; e *instrumentos institucionais*, como é o caso dos costumes, dos princípios gerais de Direito e da equidade⁵¹⁶.

O direito positivo brasileiro designa tais instrumentais no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O recurso à equidade é indicado no art. 127 do Código de Processo Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A integração de lacunas por analogia será vista melhor no tópico seguinte; neste, convém fazer algumas observações sobre os modos de produção do Direito.

Tradicionalmente se designa como *fontes* do Direito: a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de Direito. Apesar das controvérsias na matéria, parece ser mais aceitável que há propriamente três modos de produção do Direito: a legislação, o costume e a jurisprudência. A lei, formulada pelo Poder Legislativo (e por regulamentos ou decretos do Executivo); a regra consuetudinária, gerada espontaneamente na sociedade pela “consciência social”; e a decisão elaborada pelos juízes para cada caso concreto que, pelo uso jurisprudencial reiterado no mesmo sentido, queiramos ou não, às vezes pode assumir um papel de Direito novo⁵¹⁷.

Nas sociedades complexas ocidentais, com Direito de origens romano-gemânicas, em especial sob influência do monismo jurídico, as leis positivadas pelo Estado assumem a importância maior enquanto normas jurídicas reguladoras da convivência social⁵¹⁸. O costume, que tinha importância nas sociedades menos

⁵¹⁵ Segundo Ferraz Júnior, é preciso distinguir as fontes *stricto sensu*, que são elementos do repertório ou normas da origem do sistema (a lei, o costume, os atos negociais e a jurisprudência), e a razão jurídica ou conjunto de regras estruturais (doutrina, princípios gerais do Direito, equidade, analogia), que não são propriamente originais, mas oferecem coesão e imperatividade ao sistema, e desse modo constituem uma espécie de “fonte” de segundo grau (cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 245).

⁵¹⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 295.

⁵¹⁷ Cf. NORONHA, 1988, p. 91 et seq.

⁵¹⁸ Nesse sentido, cf. WOLKMER, 1994, p. 21 et seq. Para o autor, “a cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas” (WOLKMER, 1994, p. 86). Entretanto, como observou Eugen Eherlich, um dos que mais avançou na construção de um pluralismo jurídico, pela sua origem, os diferentes complexos normativos podem ser classificados em três categorias: o “direito vivo”, o “direito dos juízes” e o “direito estatal” (WOLKMER, 1994, p. 177-178). Em vista dessa realidade, Wolkmer considera sumamente importante observar que os novos agentes que participam do processo histórico vêm se afirmando como fatores potenciais de produção jurídica, mediante processos sociais auto-reguláveis

complexas da Antiguidade e também na Idade Média, deixou de ter aquele papel. Essa é uma decorrência própria do ponto de vista *pós-convencional* assumido pelas sociedades contemporâneas. O Direito deixou de ser considerado “correto” apenas pela crença na correção das tradições.

Esse ponto de vista pós-tradicional em relação ao costume é identificado por Karl Larenz: “O homem moderno, que não pode retroceder para além do racionalismo, não se contenta, em crescente medida, com que uma regra jurídica ou uma resolução corresponda à tradição, mas quer também reconhecê-las como racionais, plenas de sentido, como suscetíveis de fundamentação de modo racional”⁵¹⁹.

As construções jurídicas elaboradas pelos estudiosos do Direito e consolidadas na doutrina tinham reconhecimento e eficácia vinculante no Direito Romano e mesmo quando houve seu renascimento na Europa medieval. Porém, hoje, a doutrina não pode ser considerada como um modo de produção do Direito, pois não tem força vinculativa.

Evidentemente, as construções teóricas apresentam um material de cooperação indispensável aos juízes. Uma vez que a doutrina trabalha a partir de dados oferecidos pela jurisprudência, como os casos concretos, os problemas sociais que é necessário regular e as decisões judiciais apresentadas, ela vai sistematizá-los, criticá-los cientificamente e proporá o direito que entenda adequado⁵²⁰. Nesse sentido, as construções teóricas dos juristas podem gerar propostas concretas de reformulação da lei e da jurisprudência; isto é, com o tempo, podem ser aproveitadas e incorporadas ao direito vigente.

O papel que os princípios gerais desempenham na criação do Direito serão melhor situados no próximo capítulo, especialmente quanto à questão de saber se são uma fonte e se constituem um modo autônomo

advindos de grupos voluntários, comunidades locais, associações profissionais, corpos intermediários, organizações sociais, etc. (WOLKMER, 1994, p. 107 et seq.).

⁵¹⁹ LARENZ, 1997, p. 91. Segundo Habermas, “no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 172; cf. também p. 129 e segs). Em resposta à obra “Verdade e Método”, de Gadamer, escreve Habermas, “a reflexão não trabalha na facticidade das normas transmitidas (*überlieferten*) sem deixar vestígios. Ela é condenada a chegar depois, mas, ao olhar para trás, desenvolve uma força retroativa. Nós só podemos nos voltar para as normas interiorizadas depois de termos aprendido primeiro cegamente a segui-las sob um poder que se impôs de fora. À medida, porém, que a reflexão recorda aquele caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram exercitadas dogmaticamente como regras da concepção do mundo e do agir, pode ser tirado da autoridade aquilo que nela era pura dominação, e ser dissolvido na coerção sem violência da inteligência e da decisão racional” (HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 18). Assim, se esvai a força vinculante das tradições, pois, como enfatiza o autor: “Em verdade, a tradição, que não é defesa do tradicional (*Herkömmlichen*), mas sim a *configuração continuada da vida ético-social*, se baseia sempre na tomada de consciência que assume em liberdade”. No entanto (*allerdings*), nós só assumimos tradições em liberdade quando podemos dizer ambas as coisas: sim e não” (HABERMAS, 1987, p. 85). Contra o convencionalismo, com Habermas, mantemo-nos alertas sobre até que ponto é correto afirmar que “O *ethos* desenvolvido no interior de uma determinada comunidade ou grupo vincula seus membros no momento da aplicação do direito” (MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 212).

de produção do Direito. Aqui, apenas se destaca que os princípios gerais de Direito, mesmo quando não expressamente enunciados em textos normativos escritos, são muitas vezes tomados de maneira decisiva pelo aplicador do Direito e pelo intérprete, na e para a definição de determinadas soluções e decisões jurídicas.

Com efeito, na jurisprudência a função dos princípios aflora, geralmente, na hipótese de lacunas. Para colmatá-las, os princípios gerais do Direito necessitam de densificação através do Judiciário, que, vinculado a eles, deverá formular a regra para o caso concreto (art. 4º da LICC). Por isso, em geral, é de maneira indireta, por meio da ponderação dos juízes, que os princípios gerais possibilitam constituir a regra de Direito aplicável. Desse modo, ainda que se pudesse atribuir outras funções aos princípios, diante de lacunas eles funcionam, por excelência, como instrumentos e ponto de partida inegável para o intérprete. Nessa hipótese, constituem-se num importante fundamento para a interpretação, conhecimento e integração do Direito.

A jurisprudência realiza um constante trabalho de fundamentação dos juízos no quadro do Direito e, à medida que aprofunda o preenchimento das pautas principiológicas retoras do ordenamento jurídico, torna-se um dos modos de produção do Direito, para além da lei. Essa atividade se realiza através de sucessivas aproximações interpretativas ao Direito constituído, à luz de princípios positivos e subjacentes, distanciando-se do sentido originário das regras utilizadas a cada nova tentativa, até que, no final, as decisões nem se referirão às normas “interpretadas”, apenas farão referência aos princípios e à “jurisprudência pacífica”, como aponta Fernando Noronha⁵²¹.

Quando um determinado precedente, assim constituído, passa a ser acatado pelos juízes para nele fundamentarem as suas próprias decisões, temos a formação de um direito “novo” pela jurisprudência. Ao se reconhecer essa possibilidade, resta contrariada a tendência positivista de considerar apenas as leis como constituintes de todo o sistema jurídico, bem como se passa a não aceitar a regra da absoluta separação entre o Poder Legislativo, que só edita leis, e o Judiciário, que só julga⁵²². É claro que esse “direito judicial” não tem o mesmo status que as normas jurídicas criadas pelo legislador⁵²³, nem mesmo aquela força vinculante e

⁵²⁰ Cf. NORONHA, 1988, p. 113-114.

⁵²¹ Cf. NORONHA, 1988, p. 99. Um exemplo elucidativo dessa lição é dado numa síntese jurisprudencial inteligente, do mesmo autor. Analisando três correntes jurisprudenciais que pretendem excluir a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, pelo menos no âmbito das relações de consumo, Noronha conclui que, por muito louváveis que sejam os propósitos que as norteiam “nenhuma delas tem fundamentação suficiente”, isto é, “do ponto de vista do direito escrito que se pode ter como vigente, se abstraíssemos das orientações jurisprudenciais cuja consolidação está em vias de criar direito novo” (NORONHA, Fernando. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas: caso recente de criação jurisprudencial de direito, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 167-184, out./ dez. 2002 a. p. 178 et seq.).

⁵²² Cf. NORONHA, 1988, p. 104-105.

⁵²³ Entre outros aspectos, como observa Manuel Domingues Andrade, “importa frisar que entre a atividade criadora que o juiz exerce no domínio das lacunas e a atividade do legislador uma diferença capital existe,

estabilidade próprias das normas jurídicas. Ele pode, inclusive, sofrer a acusação de ser anti-democrático; porém, como disse Dworkin - além de outros argumentos mais sérios - é preciso lembrar que “se o Parlamento, que é eleito pelo voto do povo, está insatisfeito com uma decisão particular tomada pelos juízes, ele pode revogar essa decisão por meio da legislação adequada”⁵²⁴.

Ferraz Junior lembra que outras objeções decorrem do próprio sistema romanístico que, ao contrário do sistema anglo-americano, está baseado na não-vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores, em termos de decisões; além disso, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir os casos semelhantes de maneira diferente, inclusive sem vincular-se às próprias decisões, já que lhe é facultado mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes. Por essas razões a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte⁵²⁵.

Contudo, é inquestionável o papel fundamental da jurisprudência na constituição do Direito, mesmo sendo regras estruturais do sistema o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem*. Exemplo disso é a formação de interpretações uniformes que, se não modificam radicalmente a lei, “dão-lhe um sentido geral de orientação”, como ocorre na chamada jurisprudência *pacífica dos tribunais*: ela não obriga, mas geralmente, de fato, acaba prevalecendo. Ademais, no caso de lacunas, é comum a “elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais” que constituem uma espécie de costume *praeter legem* resultante do uso jurisprudencial⁵²⁶.

Trata-se de uma atividade que, quando ancorada em princípios do direito vigente, alcança cada vez mais a sua legitimidade, em especial porque impulsionada para atender as necessidades sociais de criação de Direito, por juízes que aspiram não só a uma solução “legal”, mas igualmente, se factível, a uma solução, tanto quanto possível, “justa”. Em nosso país, como ocorre em geral noutros países, o sistema democrático não possibilita o pleno reconhecimento intersubjetivo de direitos, bem como o poder legislativo nem sempre cumpre plenamente as suas funções⁵²⁷. Por isso, enquanto não mudarem aspectos mais profundos sobre o reconhecimento de direitos, parece salutar que o Judiciário possa expressar a “consciência jurídica geral”

quanto ao valor dos seus resultados: a norma legislativa vincula e obriga, como preceito abstrato, para todos os casos que compreende, ao passo que a norma produzida pelo juiz (a *norma judicial*, se quiserem) só rege para o caso *sub-judice*, isto é, para a espécie em vista de cuja decisão foi elaborada” (ANDRADE, M., 1978, p. 88-89).

⁵²⁴ DWORKIN, 2001, p. 17.

⁵²⁵ FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 241.

⁵²⁶ Entretanto, Ferraz Júnior conclui que “a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. No caso da criação normativa *praeter legem*, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de costume. Restariam talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho...” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 241-242).

⁵²⁷ Nesse aspecto, ensina o mestre de Munique: “Se hoje o pêndulo se inclina muito claramente para o lado da justiça do caso, isto tem também relação com a perda de autoridade do legislador actual, que só raras vezes se

engatada aos princípios retores do ordenamento, repensar e desenvolver o Direito dentro de certos parâmetros de segurança jurídica e correção, a fim de adaptá-lo ao meio social e manter a sua coerência normativa.

3.3. Pressupostos para a aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor

3.3.1 Considerações gerais sobre a integração de lacunas por analogia

Consoante o exposto mais acima, uma vez constatada a “lacuna da lei”, porque há um “inacabamento contrário ao plano” da lei⁵²⁸ ou do ordenamento, cabe ao juiz integrá-la, para que possa decidir adequadamente, de acordo com o sentido do “plano subjacente” e dos princípios da regulação ou do Direito na sua totalidade. O primeiro caminho para a colmatação da lacuna, indicado no art. 4º da LICC, é a analogia. É dessa forma de integração de lacunas que se tratará a partir de agora.

Em primeiro lugar, nossa preocupação volta-se para o esclarecimento de alguns aspectos teóricos de base para o que segue adiante.

Em geral⁵²⁹, os juristas chamam “analogia” a transposição de uma regra, determinada na lei para uma ou várias hipóteses, para uma outra hipótese semelhante, não regulada na lei⁵³⁰. Toda analogia repousa seu fundamento “na pressuposta coerência interna do Direito”⁵³¹, porque a semelhança entre as hipóteses exige que sejam *identicamente valoradas* pelo Direito; quer dizer, a analogia funda-se “no princípio de verdadeira justiça,

ocupa o tempo necessário e faz o esforço de tornar a examinar cuidadosamente as formulações, e não raro omite em absoluto uma regulação, quando essa pode e deve esperar-se dele” (LARENZ, 1997, p. 494).

⁵²⁸ Cf. LARENZ, 1997, p. 588.

⁵²⁹ Não há um acordo nem entre juristas nem entre lógicos sobre uma definição uniforme de analogia. “O difícil problema lógico na definição de analogia está na determinação do que sejam as *relações essenciais* ou de *semelhança* entre os pressupostos fáticos” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 296).

⁵³⁰ Nas palavras de Larenz: “Entendemos por analogia 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. 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. A integração da lacuna da lei por via de um recurso a um princípio ínsito 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. 540-541).

⁵³¹ Cf. LARENZ, 1997, 18-19.

de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes⁵³², isto é, baseia-se “no princípio de que casos semelhantes devem ter tratamento semelhante”⁵³³.

Ainda, dito de outro modo, a analogia funda-se “no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais factos encontra já no sistema a sua disciplina, essa forma o *tipo* do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há de governar os casos afins”⁵³⁴. Assim, define Ferrara, analogia é “harmônica igualdade, proporção e paralelismo (*paragone*) entre relações semelhantes”⁵³⁵.

a) Analogia *legis* e analogia *juris*

A doutrina tradicional considera que a base da realização da analogia pode ser uma só disposição (*analogia legis*), ou um complexo, uma síntese de princípios jurídicos (*analogia juris*).

Na *analogia legis*, a colmatação da lacuna se dá pela aplicação de uma norma que regula um ou vários casos semelhantes, de acordo com a fórmula: “Onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito” (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*).

A *analogia juris* será utilizada quando não há uma disposição para um caso afim, e então é necessário construir a regra para o caso concreto, a partir da aplicação de um ou vários princípios jurídicos positivos ou subjacentes, isto é, aferidos pela combinação de diversas disposições legais, as quais revelam o afloramento de um núcleo de aplicação coincidente. Em um sentido restrito, se observa que a analogia, mesmo com o auxílio dos princípios, dispõe-se mais precisamente a captar a “teleologia imanente à lei” e não vai além da esfera do *praeter legem*. Significa que as decisões resultantes são ainda segundo a lei⁵³⁶; quer dizer, é, no máximo, “desenvolvimento do direito imanente à lei”⁵³⁷.

⁵³² MAXIMILIANO, 1979, p. 210.

⁵³³ NORONHA, 1988, p. 139.

⁵³⁴ FERRARA, 1978, p. 158.

⁵³⁵ FERRARA, 1978, p. 158.

⁵³⁶ Cf. NORONHA, 1988, p. 139-140.

⁵³⁷ Cf. LARENZ, 1997, p. 520. O autor define analogia como sendo “a transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra ‘semelhante’ a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se *analogia legis*; mais apropriada a esse respeito seria a expressão ‘analogia particular’, porque é aplicada ‘analogicamente’ uma norma legal particular a uma situação de facto não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada *analogia juris*; mais exacta é a sua denominação como ‘analogia geral’. Aqui de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um ‘princípio jurídico geral’ que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas” (LARENZ, 1997, p. 544).

A *analogia juris*, no entanto, pode ser entendida de maneira mais ampla, como o procedimento através do qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto; “de todo o sistema ou de uma parte dele”, como assinala Bobbio⁵³⁸; ou a partir dos princípios jurídicos e até do “espírito de todo o sistema”, como diz Ferrara⁵³⁹. Assim compreendido, há quem diga que o procedimento analógico não é nada diferente daquele que se emprega no recurso aos princípios gerais do Direito⁵⁴⁰.

É como quer Ferrara, que se refere à analogia ainda quando “a lei omitiu completamente a disciplina jurídica de todo um instituto, e é necessário construí-la segundo os princípios de todo o sistema”⁵⁴¹. Ou é como pensa Maximiliano a respeito da analogia *juris*: “quando não existe regra explícita, nem caso análogo; reconstrói-se a norma pela combinação de muitas outras, que constituem visível aplicação de um princípio geral, embora não expresso; elabora-se preceito completamente novo, ou um instituto inteiro, segundo os princípios de todo o sistema em vigor”⁵⁴². Desse modo, através da *analogia juris* seria possível sair do domínio *secundum legem* e passar ao âmbito do *extra legem*.

Talvez essa amplitude atribuída à analogia derive de antigas concepções que não admitiam a interpretação construtiva e o poder criativo do juiz a partir de princípios⁵⁴³. Por isso, Carlos Maximiliano tem razão ao afirmar, em relação ao termo analogia: “Os modernos acham a palavra *relações* ampla em demasia para indicar precisamente o que se pretende exprimir”⁵⁴⁴. Assim, justamente quando se tratar de *nova criação*, pelo menos na hipótese de construção de institutos até aí não regulados e na modificação de regimes anteriormente estabelecidos, ou outras eventuais “lacunas do sistema”, parece mais adequado, como conclui Fernando Noronha, considerar que o Judiciário realiza a “criação de direito novo”, ou o “desenvolvimento do direito para além da lei”⁵⁴⁵.

De mais a mais, a constatação de lacuna e sua integração, seja pela aplicação analógica ou por outro meio, sempre suscita a questão da criação ou não de direito novo. Essa questão requer, primeiro, saber até onde vai o tal “sentido literal possível”, uma vez que, até aqui, realmente os autores são unânimes em entender que não há verdadeira “criação de direito” pelo juiz. Para compreender melhor esse aspecto é importante fazer a distinção entre *analogia* e *interpretação extensiva*.

⁵³⁸ Cf. BOBBIO, 1994, p. 154.

⁵³⁹ Cf. FERRARA, 1978, p. 159.

⁵⁴⁰ Cf. FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 297.

⁵⁴¹ FERRARA, 1978, p. 159.

⁵⁴² MAXIMILIANO, 1979, p. 210.

⁵⁴³ Em matéria de integração de lacunas, Savigny, em sua obra de maturidade, já distinguia dois casos e destacava suas formas de colmatação por analogia (cf. LARENZ, 1997, 18-19).

⁵⁴⁴ MAXIMILIANO, 1979, p. 206.

⁵⁴⁵ Cf. NORONHA, 1988, p. 140, 183-184.

A analogia preocupa-se com a semelhança entre duas situações de direito, em que uma delas apresenta-se sem regulamentação; ao passo que a interpretação extensiva procura conhecer uma regra legal, em sua particularidade, em face de outro querer jurídico que foge à letra da lei. Por isso, a analogia é aplicável quando um caso não é contemplado por uma disposição de lei, enquanto a interpretação extensiva pressupõe que o caso já está compreendido na lei, embora não expresso.

A interpretação extensiva procura reconstruir a vontade legislativa já existente, porque já estava nos planos do legislador, mas a que a formulação inexata excluiu o caso particular; então basta dilatar, ampliar o sentido literal do preceito já estabelecido. Ela é diferente da analogia, que pressupõe uma lacuna enquanto não há uma vontade legislativa, porque o legislador não a pensou; por isso ela terá de ser encontrada em casos semelhantes. A partir dessa análise será formulada uma *norma nova*, ainda que possa ser quase nada diversa da existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma⁵⁴⁶.

Nesse passo, a dogmática procura elucidar se a analogia cria ou não direito novo. Segundo Ferrara, na aplicação analógica há uma *descoberta* de direito já existente, em normas que estavam latentes e agora são desenvolvidas; isto é, mesmo com o envolvimento da criatividade do juiz, há apenas reprodução de uma disciplina jurídica já existente no ordenamento⁵⁴⁷.

Larenz contrapõe-se a quem pensa que a norma achada pela via da analogia é já direito vigente. Considera que “todo o desenvolvimento do direito” tem seu momento criador, em especial na integração de lacunas, pois se uma norma precisa ser encontrada pelo juiz, é porque ela não existe ainda, por isso é inteiramente justificado falar de um “desenvolvimento judicial de direito”⁵⁴⁸; mas, o fato de ser o reconhecimento da jurisprudência pelos tribunais que converteu a lei em parte integrante da ordem jurídica atual não significa um ato de estatuição do Direito, no sentido da emanção de uma lei. Ao ser reconhecida como “correta”, e de agora em diante passar a ser aplicada para preencher uma lacuna, apenas equipara-se à norma constituída pela vontade do legislador⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Cf. FERRARA, 1978, p. 162-163; MAXIMILIANO, 1979, p. 214-215.

⁵⁴⁷ Cf. FERRARA, 1978, p. 164.

⁵⁴⁸ Cf. LARENZ, 1997, p. 572 et seq. Nessa senda, segundo Larenz, “assim como o Direito, enquanto espírito objetivo, só existe, só está temporalmente presente, em virtude de aqueles a quem se dirige e que o aplicam dele terem consciência, uma norma jurídica que tem primeiro que ser achada, não existe ainda. É, em todo o caso, Direito em potência, mas não em acto, quer dizer, existente na aplicação. Converte-se em Direito em acto, vigente pelo menos factualmente (*law in action*), só quando é declarado por um tribunal e é tomado, pelo menos num caso, como fundamento da sua resolução. [...] Só pelo facto de essas terem sido reconhecidas e aceites pela jurisprudência dos tribunais como necessárias para integrar uma lacuna da lei é que se converteram em parte integrante da ordem jurídica actual. É por isso inteiramente justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação” (LARENZ, 1997, p. 572-573).

⁵⁴⁹ Cf. LARENZ, 1997, p. 573.

Assim sendo, a analogia sempre estende uma regulação a uma situação de fato pela qual não é abrangida, segundo o seu sentido literal possível, para a plena realização do fim da regra legal e para evitar uma contradição de valoração que não seria justificável. A verdadeira justificação do argumento *a similitudine*, que está na base da analogia, encontra-se no imperativo de justiça de tratar igualmente hipóteses que, do *ponto de vista valorativo*, são iguais, sempre que não seja imposto pela lei, ou esteja justificado por razões especiais, um tratamento desigual. Dessa maneira, a analogia está sempre ligada a um caráter valorativo, onde o conteúdo de sentido do Direito tem que ser constantemente explorado. E, na medida em que uma nova compreensão da resolução dotada de força jurídica pode sempre, para esse efeito, adotar novos traços característicos, assim também pode desembocar num ato de configuração do Direito na decisão judicial⁵⁵⁰.

b) Aplicação dos conceitos no caso estudado

Essas distinções conceituais anteriores podem ser aplicadas à matéria relativa à proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Neste estudo, reprise-se, toma-se como hipótese de trabalho a unidade argumentativa. Mesmo assim, é possível indagar sobre a identificação de três planos: “analogia *legis*”, “analogia *juris*” e “desenvolvimento do Direito para além da lei”.

Primeiro, em relação à aplicação analógica de um preceito do CDC para coibir cláusulas abusivas nas relações civis e comerciais, pode-se dizer que se tratará de analogia *legis*, quando se referir a uma disposição apenas. Aqui se faz necessária, entretanto, uma observação: convém notar que o próprio art. 29 do CDC preceitua a aplicação da matéria relativa às cláusulas abusivas (art. 51 do CDC), assim como de toda a disciplina relativa aos Capítulos V e VI, para além das hipóteses de relações de consumo. Por isso, não se trata de verdadeira analogia, mas será importante considerar dessa forma a aplicação, à mercê da disposição do art. 29, já que se lida em ramos diferentes do Direito.

Como já se viu, o cumprimento dos requisitos da analogia facilita e possibilita uma maior adequação do sistema. Talvez por essa via se possa dar maior peso à segurança jurídica, a qual, em tese, poderá ser melhor atingida porque a analogia exige maior procedimento analítico. Trata-se de um mecanismo para proceder às diferenciações requeridas pela valoração, radicada também no imperativo de justiça de tratar

⁵⁵⁰ Cf. LARENZ, 1997, p. 554, 566 e 574.

desigualmente o que é desigual. Nesse aspecto, a leitura do comando do art. 29, sobre a indicação da possibilidade de estender-se o regime aos consumidores equiparados, pode ser compreendida como uma revelação da *ratio legis*, dando a abertura necessária para a aplicação analógica.

Em segundo lugar, na invalidação de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, é possível cogitar da construção de uma regra a partir da aplicação dos princípios do Direito dos Contratos: autonomia privada, boa-fé e justiça (ou equilíbrio) contratual. Esse caso, porque remete a princípios que revelam valorações iminentes no plano deontológico da legislação que regulamenta os contratos civis e comerciais, pode ser considerado como analogia *juris*.

Para além desse limite, por exemplo, quando se utilizar princípios de todo o sistema, como princípios constitucionais, para coibir cláusulas abusivas em contratos civis e comerciais, poderia ser dito que se trata de “desenvolvimento do Direito para além da lei”. Entretanto, para que realmente se caracterizasse desse modo, os princípios constitucionais teriam que ser totalmente distintos dos princípios gerais dos contratos explícitos ou implícitos no Código Civil, o que não é verdade, pois pelo menos em grande parte há uma correspondência entre esses princípios [4.3.3]. O que ocorre é a insuficiência da narrativa explicitada nas regras do Direito Civil, em relação ao cotejo do que requer a efetivação dos princípios.

Portanto, se os princípios gerais dos contratos estabelecidos no novo Código entrecruzam-se com os princípios constitucionais e, através do juízo de ponderação, podem amparar o mesmo substrato de direito material, possibilitando a invalidação de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, então essa prática judicial não caracteriza uma “criação” genuína de “Direito para além da lei”, porque ainda é Direito que está no Código Civil. Contudo, essa coerência horizontal de princípios aflora Direito para situações não descritas no livro de regras e, nesse sentido, vai além das regras postas.

3.3.2 Critérios para a aplicação analógica na dogmática hermenêutica

Cabe investigar agora quais os requisitos que se consideram importantes para a aplicação analógica. Em primeiro lugar, para que se possa recorrer à analogia é necessário constatar, através da interpretação, a falta de uma predisposição de lei para o caso a decidir, e concluir que não se encontra nenhuma norma de direito que possa abarcar a situação em seu sentido literal e lógico possível. É nesse ponto que o art. 29

do Código de Defesa do Consumidor acaba afastando a aplicação do conceito clássico da analogia. Esse dispositivo manda aplicar as normas dos capítulos V e VI do CDC às pessoas “expostas às práticas” ali referidas, assegurando com isso a aplicação do regime de proteção contra cláusulas abusivas aos “consumidores-equiparados”. Pelo menos essas hipóteses não poderiam ser caracterizadas como verdadeira analogia, já que existe uma norma para o caso.

Em segundo lugar, para o juízo analógico cabe indagar se há “*igualdade jurídica, na essência, entre o caso a regular e o caso regulado*”. Para isso, segundo Ferrara, é preciso investigar nos fatos jurídicos os *elementos essenciais* que os caracterizam e formam a *ratio iuris* da norma, a fim de confrontar o fato já regulado com o fato a regular em suas *notas decisivas*, seus traços juridicamente relevantes, e só assim estabelecer se entre eles há ou falta uma relação de semelhança⁵⁵¹.

As duas situações de fato são “semelhantes” entre si quando concordam em alguns aspectos, mas não em outros; pois, se estivessem de acordo em absolutamente todos os aspectos que hão de ser tomados em consideração, então se trataria de situações “iguais”. Por exemplo, entre uma relação contratual de consumo e uma relação contratual unilateralmente empresarial de fornecimento, há muitas diferenças, mas basta que haja identidade nos aspectos *decisivos para a valoração jurídica* e as diferenças que subsistam não excluirão aqui a valoração legal. Por isso, a analogia sempre envolve um “processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal”. Esse processo é informado pelos fins e idéias fundamentais da regulação legal, a *ratio legis*, como ensina Larenz⁵⁵². Ou, como diz Manuel Domingues Andrade, as condições de similitude de situações se apresentam “quando se averigua, portanto, que para ambas as hipóteses a mesma situação dos interesses e as mesmas considerações de justiça e oportunidade reclamam igual disciplina jurídica”⁵⁵³.

Na esteira do pensamento de Carlos Maximiliano, raciocinar por analogia significa passar, por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa. A base desse raciocínio está na “presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança passam conseqüentemente a assemelhar-se quanto a um outro mais”⁵⁵⁴. Para o autor, ainda que em geral se não exija tanto apuro, o argumento por analogia adquire a força de uma indução rigorosa quando a semelhança entre a hipótese conhecida e a nova se encontra em circunstância que se deve reconhecer como *essencial*, ou seja, como aquela da qual dependem todas as

⁵⁵¹ Cf. FERRARA, 1978, p. 161-162.

⁵⁵² Cf. LARENZ, 1997, p. 541-542.

⁵⁵³ ANDRADE, 1978, p. 83.

⁵⁵⁴ MAXILIANO, 1979, p. 206.

conseqüências merecedoras de apreço na questão discutida; ou se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa *principal* de todos os efeitos⁵⁵⁵.

No caso analisado neste estudo, a circunstância *essencialmente semelhante* entre cláusulas abusivas de qualquer contrato, seja de consumo ou não, está na quebra da relação de equivalência entre direitos, obrigações, ônus, riscos, responsabilidades, etc., isto é, na falta de equivalência substancial entre os valores dos termos intercambiados. O elemento fático que conduz à consolidação dessa realidade contratual é a situação de *vulnerabilidade* de uma das partes contratantes, encontrada especialmente na contratação padronizada e de adesão. Desse modo, as estipulações abusivas sempre ofendem o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual por aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade.

Essa circunstância só veio à tona com a derrocada do sistema contratual clássico, no qual o critério de justiça contratual se afastava completamente do resultado final da relação contratual, repudiando filosoficamente qualquer tipo de idéia de justiça distributiva⁵⁵⁶. A partir da positivação da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor mudou a estratégia regulatória, alterando profundamente o regime jurídico de estruturação do modelo de ordem do mercado, submetendo a liberdade de comércio à igualdade de oportunidade, à justiça contratual substantiva, aos valores de lealdade, cooperação e solidariedade, oferecendo como suporte diversos mecanismos jurídicos, entre os quais a proteção contra cláusulas abusivas⁵⁵⁷. Daí resulta a natureza expansionista desse regime para hipóteses semelhantes que ainda não receberam o mesmo tratamento⁵⁵⁸. Observe-se um pouco mais sobre o que requer essa ampliação.

⁵⁵⁵ Cf. MAXILIANO, 1979, p. 206.

⁵⁵⁶ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 52.

⁵⁵⁷ Nesse sentido, um exemplo no âmbito dos contratos de consumo é o de decisão judicial do TJRS, na qual se afirma: “A autonomia de vontade, tendo como máxima o ‘*pacta sunt servanda*’ foi relegada a um segundo plano, em face da nova lei do consumidor, a qual proíbe o pacto de cláusulas abusivas. A lei vela pelo equilíbrio contratual, impondo normas imperativas que garantem a expectativa legítima do consumidor frente ao contrato celebrado”. A equidade contratual é um dogma a superar a autonomia de vontade e esse controle poderá ser exercitado pelo Poder Judiciário “*a posteriori*, após a formação do contrato. Nesse caso, declarando-se tais cláusulas como nulas (art. 6º, IV do CDC). As disposições anuladas são dadas como pró-consumidor, estabelecendo-se o equilíbrio contratual” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 592070528, Terceira Câmara Cível, j. 30/09/92. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 12, out./dez. 1994. p. 163).

⁵⁵⁸ Para hipóteses de contratos não de consumo observe-se o seguinte exemplo: Contaregis Equipamentos de Controle S.A. propôs, perante o Tribunal de Alçada de Porto Alegre, ação de consignação em pagamento contra Bozano Simonsen Leasing S.A Arrendamento Mercantil, pretendendo liberar-se de obrigação derivada de leasing firmado com a demandada. Do voto do relator Paulo Heerdt, tira-se uma lição: “Há muito vêm os Tribunais rejeitando validade a cláusulas abusivas, especialmente em contratos de adesão, como o que se discute. Atualmente, com maior razão, quando a Lei n. 8.078/90, em seu art. 51, expressamente inquina de nulidade a cláusula que atribui excessiva vantagem a uma parte” (BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 191031798, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 9.05.1991. In: *Julgados do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 78, p. 284-287, jun. 1991. p. 287). No mesmo sentido Ap. civ. nº. 190145979, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Porto Alegre (cf. NUNES, 1997, p. 187-189). Contra essa linha, pela não aplicação do CDC ao *leasing* mercantil, observe-se a seguinte ementa: “É

Segundo Maximiliano, no procedimento analógico para colmatar lacunas no Direito participa um pouco do método indutivo e também do dedutivo: “por uma indução imperfeita se vai do preceito existente até uma regra mais geral e mais alta que abrange os dois casos semelhantes; depois se chega à norma especial de que se precisa para resolver a hipótese em apreço”⁵⁵⁹. Assim, a analogia “desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica a relações semelhantes na essência”⁵⁶⁰. Completa o autor: “Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas se encontram *elementos idênticos* aos que condicionam a regra positiva. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica”⁵⁶¹.

As “regras mais gerais”, ou melhor, os princípios constituintes da “razão íntima” dos dispositivos que cobrem as cláusulas abusivas no âmbito do CDC são os princípios gerais dos contratos, especialmente o da justiça contratual e o da boa-fé. Se juridicamente os princípios gerais do Direito dos Contratos, isto é, os princípios do Direito Comum (das Obrigações), constituem o fundamento do regime protetivo estabelecido no CDC, fica evidente a necessidade de transportar os efeitos que as cláusulas abusivas sofrem no âmbito dos contratos de consumo para outros contratos civis e empresariais, em situações similares.

Noutro aspecto, do ponto de vista factual, a razão de ser dessas normas está na exigência de oferecer proteção à parte mais fraca, mais vulnerável, notadamente por causa da contratação padronizada e de adesão. Ocorre que, nas relações de consumo, o Código presume serem partes vulneráveis todos os consumidores, inclusive consumidores-empresários. Mas aquele que realiza contrato não de consumo, por exemplo, quando fecha contrato no âmbito da atividade produtiva lucrativa, não é presumivelmente parte vulnerável e só poderá utilizar-se da proteção do CDC se afirmar e demonstrar a *condição de vulnerabilidade*⁵⁶² na realização do negócio. Esse é o elemento fundamental que justifica tratamentos desiguais, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio contratual.

inaplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de *leasing*, mormente se o bem foi arrendado para a implementação de atividade comercial, não podendo ser enquadrado como relação de consumo” (cf. *Revista dos Tribunais*, nº 790, ago. 2001, p. 387 et seq.). Outra decisão nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná, Apelação Cível 45.711-0, 4ª C., Rel. Juiz Ulysses Lopes, j. 18.12.91. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 678, p. 180-184). Porém, é preciso destacar que a inaplicabilidade imediata do CDC não pode significar a exclusão da apreciação por via analógica.

⁵⁵⁹ MAXILIANO, 1979, p. 207-208.

⁵⁶⁰ MAXILIANO, 1979, p. 209.

⁵⁶¹ MAXILIANO, 1979, p. 210.

⁵⁶² Como já destacado anteriormente, a *situação de vulnerabilidade* encontra-se na falta de conhecimentos adequados sobre o objeto do contrato, “a ponto de aferir a pertinência das informações repassadas” pelo predisponente, “cujo interesse é o da realização do negócio” (*vulnerabilidade técnica*). O aderente também é *vulnerável* porque não tem “conhecimento sobre os contornos jurídicos do negócio, e suas repercussões econômicas, suficientes para dialogar” com o predisponente acerca das condições gerais propostas

Norberto Bobbio também alerta que, para a conclusão do raciocínio analógico, a semelhança não deve ser uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*. Isso significa que, para se atribuir ao caso não regulamentado as mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, “é preciso ascender dos dois casos uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências”⁵⁶³. Nesse sentido, se é atribuída a nulidade de uma determinada cláusula num contrato de consumo em razão do desequilíbrio contratual que ela causa, então, do mesmo modo uma cláusula que carrega o desequilíbrio em contrato não de consumo não terá como sustentar-se e deve ser coibida se apresentada em juízo “a qualidade comum a ambas”, a similitude dos fatos jurídicos.

Em suma, segundo Carlos Maximiliano, a aplicação analógica pressupõe: em primeiro lugar, *uma hipótese não prevista*, pois caso existisse haveria apenas interpretação extensiva; segundo, entre a relação contemplada no texto e a que se examina, conquanto seja diversa, terá de existir uma *semelhança relevante*, isto é, um ou mais aspectos decisivos de identidade; tal aspecto ou traço terá de ser juridicamente relevante, essencial, fundamental, ou seja, o mesmo fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Convém encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico, e ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca, porque as hipóteses comparadas assemelham-se na essência e nos efeitos, de tal modo que há em ambas a mesma razão de decidir⁵⁶⁴.

Portanto, para a transposição, por aplicação analógica, de um preceito do Código de Defesa do Consumidor para justificar ampla revisão contratual, redução de cláusulas parcialmente abusivas e declaração de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, cabe avaliar, primeiro, se existe a lacuna; e, depois, o cumprimento do requisito da similitude de situações⁵⁶⁵. Ou seja, é necessário verificar se, nessas relações contratuais não de consumo, na situação que se quer regular, há “exatamente aquela qualidade que foi a razão da proibição”⁵⁶⁶ no caso já regulado, isto é, nos contratos de consumo.

Desse modo, só é possível a utilização de um dispositivo do CDC para invalidação de cláusulas abusivas em relações civis e comerciais, se também nessas relações existir a mesma *ratio legis*. Essa identidade de razão legislativa transparece porque é uma característica comum a todas as cláusulas abusivas que elas, de

(*vulnerabilidade jurídica*). E, ainda, porque “não tem, normalmente, as mesmas condições sociais e econômicas de seu parceiro negocial” (*vulnerabilidade socioeconômica*) (cf. COELHO, 1994, p. 144).

⁵⁶³ BOBBIO, 1994, p. 153.

⁵⁶⁴ Cf. MAXILIANO, 1979, p. 212.

⁵⁶⁵ Segundo Fernando Noronha, “a aplicação analógica de qualquer preceito legal, que é o primeiro critério a que o juiz deve recorrer, depende de dois requisitos, que são a demonstração da existência da lacuna e da similitude de situações” (NORONHA, 2002, p. 53).

uma forma ou de outra, ofendem os princípios gerais dos contratos; assim, precisamente requerem a mesma razão de decidir.

As cláusulas abusivas *figuram igualmente* ou, pelo menos, com as mesmas características essenciais, tanto nas relações contratuais de consumo - onde são declaradas nulas pelo Direito - quanto nas relações civis e comerciais – onde não há um tratamento específico – carreando os mesmos efeitos perversos para a parte mais fraca. Portanto, se os fatos são idênticos em aspectos *decisivos para a valoração jurídica*, evidentemente as *razões* para coibir são iguais, os *motivos* são os mesmos.

Além disso, em relação a ambas as situações mencionadas, não há possibilidade de fazer-se qualquer distinção valorativa que exclua um tratamento jurídico idêntico. Nem mesmo o princípio da autonomia privada tem alguma força deontológica contrária que possa impedir a conclusão da aplicação analógica; pelo contrário, ao impregnar-se da idéia da universalidade do igual direito, o respeito à autonomia privada da contraparte prejudicada também aponta para a admissibilidade da transposição da proteção contra cláusulas abusivas.

3.3.3 A verificação da “teleologia imanente” no sentido normativo da lei

A possibilidade ou não da extensão, a todos os contratos civis e comerciais, da proteção do CDC contra cláusulas abusivas terá que obedecer à “vontade do legislador”, inquirindo: O que queriam os autores da lei? Ou: será essa a “vontade do Direito”, a “teleologia imanente” na legislação ou o sentido dos princípios contidos na lei? Essa investigação é importante para o exame do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, isto é, para saber quem são os “consumidores-equiparados” aos quais se deve aplicar o regime das cláusulas abusivas. Para responder a essas questões convém destacar que desde a segunda metade do século XIX, duas teorias debatem sobre o escopo da interpretação da lei. A teoria subjetivista, que considera o escopo da

⁵⁶⁶ Cf. BOBBIO, 1994, p. 154.

interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, e a teoria objetivista, que considera essencial a busca do sentido imanente à lei, a exploração do sentido que é inerente à própria lei⁵⁶⁷.

Entre os subjetivistas já havia quem admitisse, para a integração de lacunas, a necessidade de reconhecer “o verdadeiro pensamento do Direito no seu todo”, entendendo que o Direito, mais do que a soma de preceitos jurídicos, é também uma unidade de sentido objetiva⁵⁶⁸. Mas, em suma, nessa teoria a aplicação de uma lei por analogia se baseia no fato de ela conter “uma intenção mais ampla e que não chegou a exprimir-se”, de ela conter um propósito mais vasto, um fim mais abrangente do legislador⁵⁶⁹. Portanto, a analogia funda-se na *vontade* presumida do legislador⁵⁷⁰.

Para a teoria objetivista, uma lei pode ter outras significações em que não pensava o seu autor, por isso é possível encontrar nela uma significação objetiva independente do que disse o legislador e imanente à mesma. A lei, uma vez vigente, tem autonomia. Como esclarece Larenz: “As opiniões e intenções subjetivas do legislador, dos redatores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação não têm relevo: a lei é ‘mais racional’ do que o seu autor e, uma vez vigente, vale por si só. Por isso é a partir dela apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada”⁵⁷¹. Nesse sentido, interpretar a lei não requer que se siga ao encontro da vontade do legislador, mas sim da vontade do Direito, que se encontre a sua *teleologia imanente*. A unidade interna da ordem jurídica repousa na validade dos princípios jurídicos gerais. Assim, as determinações legais podem ser compreendidas como ramificações de princípios, de modo que é possível desenvolver a lei incompleta ou defeituosa, de acordo com os seus princípios⁵⁷².

Além disso, numa visão objetivista, a interpretação tem de orientar-se por um fim encerrado na lei. Para conhecê-lo, o jurista precisa investigar as *condições sociais* a que a lei quer dar remédio e averiguar qual é o melhor e mais satisfatório expediente, de acordo com os ideais do seu tempo, procurando sempre o que melhor corresponda ao seu fim. Portanto, a interpretação, assim como a constatação e integração de lacunas, deve ter sempre em conta os fins objetivos do Direito, isto é, os fins exigidos pela racionalidade intrínseca do Direito,

⁵⁶⁷ Entre os primeiros expoentes da teoria subjetivista estavam Wiedscheid, Bierling e Philipp Heck. Entre os objetivistas podem-se citar: Kohler, Binding, Wach e, posteriormente, Radbruch, Sauer e Binder.

⁵⁶⁸ Cf. LARENZ, 1997, p. 36.

⁵⁶⁹ Cf. LARENZ, 1997, p. 54.

⁵⁷⁰ Cf. MAXIMILIANO, 1979, p. 210. Segundo Carlos Maximiliano, “além de retrógrada, afigura-se-nos temerária empresa a de descobrir em um todo heterogêneo o fator psicológico da intenção. Emendas a projetos surgem nas câmaras e alcançam maioria de votos, embora desacompanhadas de palavras justificativas. A vontade do autor conserva-se obscura, difícil, senão impossível de deduzir”. Por isso, conclui que: “A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira” (MAXIMILIANO, 1979, p. 28).

⁵⁷¹ LARENZ, 1997, p.41.

⁵⁷² Cf. LARENZ, 1997, p. 42.

referida à atualidade. Nessa corrente, a lei vale menos por ser positiva do que por ser racional. Então, cumpre dar acolhimento, em primeiro lugar, à sua vontade racional, isto é, à *razão jurídica* contida na lei⁵⁷³.

Como avalia Larenz, a teoria subjetivista está com a verdade ao afirmar que a lei jurídica, ao contrário da lei natural, é feita por homens e para os homens, fruto de uma vontade dirigida à construção de uma ordem jurídica justa e adequada às necessidades sociais. Portanto, por trás da lei há uma determinada intenção reguladora, existem valorações, aspirações e reflexões que se fizeram expressas de forma mais ou menos clara. Assim, as valorações do legislador (histórico) subjacentes ao texto legal precisam ser respeitadas⁵⁷⁴.

Entretanto, essa verificação subjetivista não é tudo. As idéias normativas dos autores da lei não são vinculativas para a interpretação; merecem atenção, contudo, enquanto nelas subjazem considerações racionais⁵⁷⁵. Os objetivistas têm razão ao afirmar que a lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A intervenção legislativa nas relações cotidianas em constante mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter previsto, dá respostas a questões que o legislador não tinha colocado a si próprio. Com o passar do tempo, a lei assume cada vez mais vida própria e afasta-se das idéias dos seus autores⁵⁷⁶.

A ação do tempo é irresistível; ela não respeita a imobilidade aparente dos Códigos. Muitas vezes, a mesma letra da lei é aplicada intacta a figuras jurídicas diversas. A lei assume significados diferentes e resolve conflitos de interesses que o legislador não previu e, às vezes, nem poderia prever⁵⁷⁷. Vale sublinhar que, talvez pela ação do tempo, o Código Civil de 2002, que foi projetado lá em 1975, não traz uma regulamentação mais detalhada das cláusulas abusivas, dado que nessa época ainda não estava consolidada a doutrina sobre o assunto. De outra parte, a utilização, na prática judicial, do patamar de justiça substancial e de boa-fé previsto Código de Defesa do Consumidor irradia novas situações que ensejam a aplicação, possibilitando respostas para questões que o legislador não tinha se colocado.

Com a manifestação da concepção social do contrato trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, os aplicadores e intérpretes das normas irão extrair da fórmula concreta da lei, direta e indiretamente, pela semelhança das hipóteses, por via da analogia e pelos princípios gerais que aporta, uma série de normas para situações diversas não expressas na lei, ou melhor, não constantes da vontade de alguns legisladores. Isso confirma o que a doutrina costuma repetir: que “a lei é mais sábia que o legislador” e nem

⁵⁷³ Cf. LARENZ, 1997, p. 40.

⁵⁷⁴ Cf. LARENZ, 1997, p. 446 et seq.

⁵⁷⁵ Cf. LARENZ, 1997, p. 446 e 550.

⁵⁷⁶ Cf. LARENZ, 1997, p. 446.

⁵⁷⁷ Cf. MAXIMILIANO, 1979, p. 30.

sempre o respectivo autor seria o melhor intérprete da lei⁵⁷⁸. Por isso, continua a ser verdadeiro que, na integração de lacunas, parece mais adequada a exploração do sentido que é inerente à própria lei.

Nesse passo, sob os pressupostos da concepção objetivista, é mais apropriado considerar como “lacuna da lei” não propriamente a “incompletude contrária ao plano do legislador”, mas uma “imperfeição contrária ao plano global da legislação” objetivamente considerada. Assim, facilita-se uma interpretação construtiva, na medida em que, para aferir a “teleologia imanente” da lei, dever-se-á considerar não tanto os propósitos e as decisões tomadas pelo legislador histórico, como pensavam os subjetivistas, mas principalmente aqueles fins objetivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam inserção na lei.

Um princípio inerente a toda a lei, porque e na medida em que pretende ser “Direito”, é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de fato “A” de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso “B”, que é semelhante àquela no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei⁵⁷⁹.

Entre outros critérios objetivos, segundo Larenz, por detrás de uma regulamentação legislativa está a vontade do legislador de criar uma regulamentação justa, estão os princípios ético-jurídicos e a “natureza das coisas” de que a regulamentação trata, e está o postulado de justiça que traz a exigência de tratar igualmente aquilo que é igual e de evitar contradições valorativas⁵⁸⁰.

A procura da decisão para um caso concreto através da integração de lacunas exige mais do que uma “dedução lógica” ou conclusão subsuntiva; é, efetivamente, atividade criadora. Porém, a investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; no preenchimento de lacunas o juiz tem que “pressupor todo o sistema existente como vinculante”: não se trata de uma de uma “decisão de política jurídica”⁵⁸¹. Nesse aspecto, também convergem as idéias de Ronald Dworkin, para quem, diferentemente da interpretação conversacional, que busca o espírito da época e daqueles que redigiram o texto, a interpretação construtiva tenta compreender o texto legal não em termos conversacionais, mas fazendo dele o melhor possível, dados os nossos propósitos e nossas convicções⁵⁸².

⁵⁷⁸ Nesse sentido, vale destacar a compreensão de Habermas: “Se na atitude performativa de virtuais participantes do diálogo nós partimos de que o proferimento (*Äusserung*) de um autor tem a seu favor a presunção da racionalidade, nós não apenas concebemos a possibilidade de que o *interpretandum* seja um modelo *para nós*, e que nós possamos aprender dele; antes nós contamos *também* com a possibilidade de que o autor poderia aprender de *nós*” (HABERMAS, 1987, p. 93).

⁵⁷⁹ LARENZ, 1997, p. 531.

⁵⁸⁰ Cf. LARENZ, 1997, p. 491.

⁵⁸¹ Cf. LARENZ, 1997, p. 82-83.

⁵⁸² Cf. DWORKIN, 1999, p. 55 et seq., em especial p. 79, nota 15. Para levar em consideração as intenções originais do legislador, teríamos que, em primeiro lugar, formular uma teoria (substantiva) sobre o que deveria

Reportando-se à pergunta feita no início deste item, agora é possível apontar que o melhor caminho para compreender a admissibilidade da aplicação analógica de preceitos do CDC para invalidar cláusulas abusivas em contratos não de consumo, não é por meio da investigação da “vontade do legislador”, mas através da análise objetivista do sentido normativo da legislação.

Assim, parte da doutrina, atualmente, assinala que “os princípios gerais do direito definem a norma, isto é, a regra de julgamento que confere juridicidade aos enunciados e práticas jurídicas”⁵⁸³. Esse sentido objetivo da norma poderá ser melhor contemplado levando-se em consideração a doutrina sobre a analogia. Nela encontram-se elementos importantes para não deturpar e romper com a sistemática do direito estabelecido pelo legislador; pois requer maior reflexão sobre quais os sujeitos merecedores da igual tutela e as situações que, mesmo não expressamente designadas, exigem tratamento igual pelos juízes.

3.3.4 O direito do consumidor como um direito especial

A doutrina em geral assenta a premissa de que só é facultado aos concretizadores do Direito fazer aplicação analógica de direito não excepcional. Significa que a aplicação analógica de preceito do Código de Defesa do Consumidor depende de mais esse pressuposto: a legislação consumerista não pode caracterizar-se como um direito excepcional. Resta, ainda, refletir relativamente a essa questão, para adiante investigar a aplicação do CDC para coibir cláusulas abusivas em contratos civis e comerciais.

Cabe assinalar, antes de tudo, que a exigência de reclassificação da esfera privada na realidade socioeconômica contemporânea⁵⁸⁴ determinou uma classificação que diferencia o tráfico jurídico privado em

contar como sendo essa intenção. No fundo significa que “existe apenas alguma coisa esperando para ser criada” (DWORKIN, 2001, p. 51).

⁵⁸³ MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 65.

⁵⁸⁴ A partir dos dados fornecidos pela realidade socioeconômica contemporânea, procurou-se realizar uma reclassificação do Direito Privado. Uma das mais conceituadas é a de Ludwig Raiser, que distingue três esferas diversas: a esfera da vida rigorosamente privada, ou privada em sentido próprio (incluindo a esfera íntima do domicílio, da família e do casamento, o espaço de lazer e consumo, a vida social, etc.); uma esfera privada, em sentido amplo, determinada por interesses de grupos tipificados, onde se encontra o âmbito da produção e distribuição dos bens, especialmente a distribuição voltada para a satisfação das necessidades dos consumidores (os indivíduos dependem, enquanto clientes, de condições de trabalho, de aluguel ou de empresas de abastecimento e de transporte); a esfera do tráfico econômico, e da grande organização empresarial (refere-se a um âmbito social dominado por interações entre corporações de empresários, grandes organizações, associações, estruturas intermediárias de todo tipo, que exercem influência sobre a decisão dos indivíduos, através do exercício do poder econômico e social) (cf. HABERMAS, 1997, v. 2, p. 135; cf. também, AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 107).

Direito das Empresas, Direito do Consumidor e Direito Civil. O Direito das Empresas é designado para regular o tráfico interempresarial e as relações com os meios de produção; o Direito do Consumidor cumpre seu papel colocando ordem nos problemas jurídicos relativos ao tráfico de mercadorias entre o empresário e o consumidor “destinatário final”; o Direito Civil ocupa-se do tráfico jurídico privado e da posição jurídica dos indivíduos em seus relacionamentos recíprocos no campo privado ou, ainda, regula a relação da propriedade dos bens de consumo e o seu processo de intercâmbio entre os cidadãos privados⁵⁸⁵. Portanto, cada ramo do Direito Privado tem seu âmbito próprio de regulação.

Em regra, as normas jurídicas são aplicadas no seu circuito específico, embora sempre se tenha admitido que se possa estender o seu campo para situações que se enquadrem nos princípios que formam o pano de fundo das disposições. Porém, existem situações que aparentam demandar a mesma regra, mas em que se verifica que essa hipótese está em desacordo com os princípios basilares do preceito legal, incompatível com o fim e em contradição com os motivos da norma estabelecida, porque essa faz parte de um Direito excepcional. Nesse caso, em princípio a doutrina recomenda uma interpretação restritiva⁵⁸⁶; muito poucos admitiriam uma interpretação extensiva⁵⁸⁷, e praticamente não haveria chances de uma aplicação analógica de algum preceito de Direito excepcional, porque se considera que as disposições excepcionais são estabelecidas por motivações particulares, contra as normas jurídicas de Direito comum ou especial.

Esse assunto tem seus reflexos no caso ora estudado. Quando se analisa o problema das cláusulas abusivas fora dos contratos de consumo, surge a seguinte questão: as normas tutelares dessa matéria, no Código de Defesa do Consumidor, formam um direito excepcional ou direito especial em relação ao Direito Civil (das Obrigações)? Da resposta que se dê a essa questão, decorrem conseqüências muito importantes para a possibilidade ou não da aplicação da proteção contra cláusulas abusivas prevista no CDC, a outras relações contratuais; fora do seu âmbito de aplicação específico.

Este estudo parte da premissa de que o Direito do Consumidor é um direito especial em relação ao Direito das Obrigações. Como explica, com propriedade, Fernando Noronha, o Direito do Consumidor é direito especial, pois tem no seu núcleo a relação que o consumidor realiza com o fornecedor, que é uma relação tipicamente obrigacional. Assim como o Direito Empresarial, o Direito do Consumidor descende do Direito das

⁵⁸⁵ Cf. AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 108.

⁵⁸⁶ Segundo Carlos Maximiliano, “interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum” (MAXIMILIANO, 1979, p. 235).

⁵⁸⁷ Ressalta Fernando Noronha: “Que nos perdoe o espírito do insigne Carlos Maximiliano, mas nós pensamos que nada impede uma interpretação extensiva de normas excepcionais, só não sendo admissível uma aplicação analógica”. E adiante destaca que, “ainda que porventura as normas respeitantes a cláusulas abusivas se

Obrigações, tem autonomia legislativa e didática, mas não verdadeira autonomia substantiva. Por isso, não se poderia falar de princípios do Direito do Consumidor e do Direito Empresarial que sejam peculiares, radicalmente opostos ao Direito Civil (e, dentro desse, ao Direito das Obrigações, donde se destacaram). Poderá haver preceitos que fazem exceção aos princípios do Direito das Obrigações, mas cada um deles, contemplado sistematicamente, não representa nenhum desvio essencial em relação aos princípios fundamentais deste⁵⁸⁸.

Da consideração do Direito do Consumidor como Direito Especial, Fernando Noronha aponta quatro conseqüências:

1. serão aplicáveis as normas do Direito do Consumidor mesmo a institutos previstos no Código Civil ou em outras leis gerais relativas ao Direito das Obrigações, sempre que estivermos perante uma relação caracterizável como de consumo;
2. nas relações de consumo serão aplicáveis os princípios e até as normas do Direito das Obrigações, em todas as matérias em que, no Direito do Consumidor, não se disponha diversamente;
3. será possível a extensão de princípios contidos no Direito do Consumidor ao Direito comum das Obrigações, quando a sua consagração naquele representar apenas afloramento de princípios gerais;
4. será possível a extensão de normas do Direito do Consumidor a hipóteses que ultrapassam o âmbito deste, quando se trate de preceitos em relação aos quais se possa dizer que as razões de solução neles adotadas são também procedentes para caso omissis (analogia)⁵⁸⁹.

Dessas conseqüências, a primeira não tem interesse aqui, pois se trata de mera aplicação de um dos critérios clássicos da solução de antinomias, aquele segundo o qual *lex specialis derogat generali*, isto é, as normas que não colidam com o regime do CDC terão eficácia, pois este somente revoga as regras incompatíveis, dentro da técnica tradicional (cf. art. 119 do CDC). A segunda requer a aplicação supletiva das normas do Direito Geral das Obrigações a eventuais lacunas do Direito do Consumidor: trata-se da aplicação subsidiária do direito comum ao direito especial, quando as lacunas deste não possam ser colmatadas por analogia de suas próprias regras ou por seus princípios específicos⁵⁹⁰ (cf. art. 7º do CDC). Também não é o caso para o qual estamos a encontrar soluções neste estudo.

revestissem de natureza excepcional, é nossa convicção que elas sempre seriam passíveis de interpretação extensiva” (NORONHA, 1991, p. 12-14).

⁵⁸⁸ Cf. NORONHA, 2002, 57-58.

⁵⁸⁹ Cf. NORONHA, 2002, p. 59-60.

⁵⁹⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 60. A respeito dessa matéria, Rogério Ferraz Donnini aduz que “quando se fala da autonomia do direito do consumidor, portanto, não se quer isolá-lo dos outros ramos do direito, mas apenas utilizar essas outras áreas de forma complementar se inexistir um dispositivo específico na relação de consumo. Em sendo assim, se, *verbi gratia*, o CDC não regula determinada matéria prevista no Código e não há incompatibilidade desse dispositivo com as normas de defesa do consumidor, pode e deve ter aplicação a nossa

As mais relevantes são as conseqüências terceira e quarta.

Utilizando a terceira conseqüência, teremos contribuições importantes à *solução para o problema da tutela do contratante vulnerável fora das relações de consumo, pela via principiológica*, como se verá no próximo capítulo.

Utilizando a quarta conseqüência, teremos a segunda solução, que se baseia na possibilidade de utilização da “*aplicação analógica*”, especialmente *com base no art. 29 do CDC*, às relações que vão além da órbita de aplicação específica do CDC. É o que estudaremos adiante. Essa parece ser a saída mais adequada para dirimir a infinidade de tendências e conflitos doutrinários que continuam se prolongando em torno da aplicação do Código de Defesa do Consumidor fora das relações de consumo.

3.4. A aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor

3.4.1 A polêmica abrangência do CDC brasileiro

Uma alentada polêmica tem envolvido alguns estudiosos pátrios no debate sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor fora do âmbito das relações de consumo. Há aqueles que sustentam, outros tantos que contestam. Tanto a doutrina como a jurisprudência não se entendem a respeito dos casos em que teremos consumidores-empresários ou, mais amplamente, das situações em que os empresários ou não empresários poderão invocar a tutela consumerista quando não há relação de consumo. Discute-se, por exemplo, quanto à incidência ou não das normas do CDC referentes à proteção contratual contra cláusulas abusivas nos contratos firmados entre pessoas jurídicas, como entre bancos e empresas, assim como em contratos unilateralmente empresariais, como os realizados entre macroempresas e fornecedores de matéria-prima que não sejam empresas; e também entre sujeitos particulares, quando entre as partes não há um “fornecedor”, etc..

A discussão que se trava trouxe à tona o problema da delimitação do alcance e da extensão do conceito de relação de consumo, como visto no capítulo II. O debate ganhou novas luzes, especialmente, quando incorporou na contenda os ditames do art. 29 do CDC, que equipara a consumidores todas as pessoas expostas às práticas previstas nos capítulos referentes às práticas comerciais e à proteção contratual. Essa foi uma das portas

lei civil substantiva” (DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161). A respeito de outras conseqüências que se pode tirar dessa autonomia do Direito do Consumidor, o autor silencia.

encontradas para estender às empresas e demais pessoas a tutela consumerista, quando houver o exercício de algumas das atividades referidas nos capítulos V e VI do CDC, mesmo que não fique caracterizada a relação de consumo. Algumas vezes, entretanto, a busca de maior justiça substancial proporcionada pelo CDC tem levado à utilização sem critérios, gerando com isso o temor de que um alargamento exagerado possa prejudicar a própria tutela consumerista e deturpar o espírito protetivo do Código⁵⁹¹.

Efetivamente, as empresas têm procurado socorrer-se através do CDC; e, como diz Lima Marques: “Apoiadas por advogados atualizados, as empresas tornaram-se litigantes comuns a recorrer ao sistema do CDC para resolver seus problemas contratuais intercomerciais, deturpando, assim, o espírito protetivo do CDC e colocando em perigo a proteção do verdadeiro consumidor *stricto sensu*”⁵⁹². Por isso, é mister nos atermos a uma verificação mais aprofundada das condições que melhor se adequariam ao tratamento isonômico das pessoas privadas, para a outorga de tutela com base no CDC. Nesse passo, são sumamente úteis as considerações doutrinárias expostas nos itens anteriores.

Nossa maior preocupação, antes de levar a cabo a possibilidade de extensão analógica do CDC, volta-se para a busca de uma compreensão coerente da extensão subjetiva determinada pelo art. 29 do CDC, partindo do pressuposto de que se destina a alargar a incidência do Código de Defesa do Consumidor para além dos estritos limites das relações de consumo, ou de “*potenciais consumidores*”. Para isso, é preciso intensificar o estudo das implicações reveladas pelo art. 29 e discutir qual é a real abrangência desse Código nas relações jurídicas que não possam ser subsumidas ao conceito de relação de consumo, especialmente onde a norma protetiva socorreria também os não-consumidores, isto é, aquelas pessoas físicas ou jurídicas que não possam ser enquadradas na definição do art. 2º do CDC. É o caso daquelas interações de cunho profissional-empresarial, em que não há “destinação final” dos produtos adquiridos e dos serviços utilizados, e somente por equiparação se poderá inferir a tutela.

Enfim, o art. 29 suscita a questão de saber, primeiramente: o que a doutrina e a jurisprudência têm entendido quando analisam nesse artigo a referência à “exposição” das pessoas às práticas previstas nos capítulos V e VI? Outra questão diz respeito às pessoas propriamente ditas, ou seja, qual é realmente a abrangência

⁵⁹¹ Cf. NORONHA, 2002, p. 149. Waldírio Bulgarelli, analisando a aplicação do CDC, critica as “exacerbações na tarefa interpretativa” e a “amplitude exagerada que se pretende dar aos contratos de adesão e às cláusulas abusivas dos contratos em geral, esquecendo-se de que, lamentavelmente, elas ficaram delimitadas pelo círculo do consumo”. Porém admite: “em matéria contratual, de adesão e de cláusulas abusivas, o que se preconizava ficou encerrado no mercado de consumo, quando deveria ter ido além, como ocorre em outros países, que para esse fim sequer definem o consumidor. Embora seja difícil aceitar a aplicação analógica do Código a situações outras, dado o seu caráter proibitivo, o que se choca com a autonomia da vontade, é de justiça afirmar-se que suas normas concorrerão, como já concorrem, para influenciar os operadores do direito na adoção de uma ótica mais incisiva em favor do contratante débil” (BULGARELLI, 1993, p. 14-15).

subjetiva desse dispositivo? A sua abrangência se restringe unicamente às relações de consumo, ou as extrapola e alcança todo o Direito Obrigacional? De outra parte, se vai além: quais seriam os critérios para utilização das normas que ultrapassam o campo estrito das relações de consumo? Todas são questões polêmicas na doutrina e que merecem ser esclarecidas, para que se possa apresentar com mais clareza um regime possível das cláusulas abusivas que estejam fora das relações estritamente consumeristas.

3.4.2 Interpretações doutrinárias sobre a aplicação do artigo 29 do CDC

O Código de Defesa do Consumidor preceitua: “Art. 29. Para os fins desse Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Essa é uma disposição especial, que abre o capítulo V do Código sobre “Práticas Comerciais”, e regula as práticas relacionadas com oferta (art. 30 e segs.), publicidade enganosa ou abusiva (art. 36 e segs.), práticas comerciais abusivas (art. 39 a 41), cobrança de dívidas (art. 42), banco de dados e cadastros de consumidores (art. 43 e 44). Sua escrita está equivocada ao indicar os termos “nele previstas”, pois além das práticas comerciais do capítulo V, esse dispositivo também regula, em sua abrangência, o capítulo VI, dedicado à “Proteção Contratual”. Abarca, por sua vez, as disposições gerais sobre proteção contratual (art. 46 a 50), as cláusulas abusivas (art. 51 a 53) e, finalmente, os contratos de adesão (art. 54).

O art. 29 traz, através da regulamentação dessas disposições, inúmeras inovações ao Direito Privado, tratando de matérias nunca abordadas anteriormente pela legislação, em que pese a regularidade de sua ocorrência na prática do Direito Obrigacional. Essa regulamentação trouxe uma mudança substancial no regramento jurídico anterior, ancorado na concepção liberal, enfatizando determinados princípios, dantes marginalizados, e relativizando outros, que antes eram evidenciados⁵⁹³. Trata-se de “valores que, à vista do sistema protetivo desse Código, merecem tratamento mais cuidadoso, no sentido de aumentar o âmbito da proteção legislativa, em virtude de sua maior valoração e relevância em termos sociais”, como afirma James Marins⁵⁹⁴.

⁵⁹² MARQUES, 1998, p. 151.

⁵⁹³ Cf. DONATO, 1993, p. 237.

⁵⁹⁴ MARINS DE SOUZA, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1993. p. 71.

Desde sua origem esse dispositivo foi bastante polêmico. Como noticia Antônio Herman Benjamin, “o conceito do art. 29 integrava, a princípio, o corpo do art. 2º. Como consequência do *lobby* empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V”⁵⁹⁵. O mais relevante é que a “fragmentação do conceito” tem importantes implicações jurídicas. Na doutrina, além daqueles que, em vista de conveniências dissimuladas, negligenciam qualquer comentário ao art. 29⁵⁹⁶ do CDC, por outro lado, encontram-se várias interpretações sobre esse dispositivo. As considerações seguintes haverão de aprofundar isso.

a) Os consumidores-equiparados como consumidores potenciais

Alguns doutrinadores assinalam que esse dispositivo somente estende proteção aos chamados *consumidores potenciais*, que não tenham efetivamente estabelecido relações contratuais de consumo, mas *que possam vir a realizá-lo a qualquer momento*. É a interpretação de Antônio Benjamin:

Consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (art. 2º), mas igualmente as pessoas ‘expostas às práticas’ previstas no Código (art. 29). Vale dizer: pode ser visto *concretamente* (art. 2º), ou *abstratamente* (art. 29). No primeiro caso, impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a *simples exposição* à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço⁵⁹⁷.

Fábio Ulhoa Coelho adere a essa interpretação. Ao analisar alguns aspectos relacionados à publicidade *comercial*, o autor avalia que nem toda publicidade está abrangida pelo CDC, ainda que se considere o art. 29, que equipara ao consumidor as pessoas, determináveis ou não, expostas à publicidade. “O universo das pessoas albergadas por aquele dispositivo restringe-se aos consumidores em potencial. Com efeito, o consumidor

⁵⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. 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. 210- 428. p.223.

⁵⁹⁶ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 107-148, fev. 1999. p.136.

⁵⁹⁷ BENJAMIN et al., 1999, p. 223-224. Entretanto, restritivamente, há quem defenda que as disposições equiparadoras (pará. único do art. 2º, art. 17, art. 29) dispensam o conceito de consumidor, mas, se não há consumidor na relação contratual, não é possível a equiparação. Essa posição é defendida por Roberto Senise Lisboa, para quem, “inexistindo relação de consumo, ainda que sob a forma de oferta ou publicidade, não há como se proceder à equiparação de uma das entidades referidas ao consumidor definido em lei, pois não há o que se falar de consumidor a ser equiparado” (LISBOA, 2001, p. 165).

é sempre pessoa determinável [...]. A equiparação procedida pelo art. 29 do Código [...] refere-se àqueles que não são partes em contrato de consumo, mas que poderiam vir a ser”⁵⁹⁸.

Na visão de Fábio Ulhoa, o art. 29 visa assegurar a formação adequada do contrato de consumo, valorizando o momento precedente ao da celebração do contrato: para que o consumidor possa obter a prestação de informações suficientes e adequadas, a legislação consumerista estende a sua proteção a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, ou seja, os *consumidores em potencial*⁵⁹⁹. Portanto, segundo o autor: “O legislador os submeteu à idêntica tutela reconhecida aos consumidores, no tocante às práticas comerciais e contratuais, por considerar que a proteção não estaria completa nesses campos se restrita ao momento posterior à celebração do contrato”⁶⁰⁰. O autor insinua várias vezes em sua obra a possibilidade de utilização da analogia do regime do CDC, mas sem considerações específicas relacionadas com o art. 29⁶⁰¹.

Assim também a concepção de Cláudio Bonatto, comentando sobre a “extensão do conceito de consumidor”, verifica que o art. 29 busca ampliar a conceituação do parágrafo único do art. 2º, abarcando situações abstratas, a fim de realizar um dos principais objetivos do Código, que é a tutela preventiva do consumidor. Os consumidores podem ser vistos *concretamente* (art. 2º), ou *abstratamente* (art. 29). Desse modo: “Na primeira situação, é impositivo que haja ou esteja por haver aquisição ou utilização. Na segunda, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo não se conseguindo apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço”⁶⁰².

Nessa linha, a posição de Gabriel Eduardo Saad é de que o art. 29, numa primeira leitura, causa estranheza, por equiparar aos consumidores as pessoas – determináveis ou não – que forem atingidas pelas práticas elencadas no Capítulo V do Código⁶⁰³. Mas, ao verificar concretamente essa remissão, observa que a extensão se refere aos “potencialmente consumidores”, isto é, pessoas que embora não integrem uma relação de consumo, podem ser amparadas pelo Código. O autor exemplifica com o caso da empresa que lança determinada

⁵⁹⁸ COELHO, 1994, p. 235.

⁵⁹⁹ Cf. COELHO, 1994, p. 149.

⁶⁰⁰ COELHO, 1994, p. 235.

⁶⁰¹ Entre tais hipóteses, o autor cita casos envolvendo propaganda de empregador ou administrador público, o anúncio do vendedor ou locador civil, ou publicidade comercial de insumos como, por exemplo, “no tocante às responsabilidades do anunciante em relação aos destinatários do anúncio, pode-se cogitar, se presentes os seus pressupostos, de integração dessas lacunas legislativas mediante o emprego da analogia”, com base no Código de Defesa do Consumidor (cf. COELHO, 1994, p. 235-236).

⁶⁰² BONATTO, 2001, p. 22-23.

⁶⁰³ Nesse ponto, a posição do autor é bastante curiosa. Objetivamente considerando, o seu texto exclui os equiparados da proteção do Capítulo VI. A respeito, Cristiane Paulsen Gonzalez critica: “Mas e quanto ao Capítulo VI, relativo à Proteção Contratual? Afora a hipótese de esquecimento, o que nos parece pouquíssimo provável, foi excluída pelo jurista como meio de acesso ao *status* de equiparado” (GONZALEZ, 2003, p. 148).

publicidade e, quando o “potencial” consumidor, atraído pela “oferta”, a procura, se receber resposta negativa poderá, nesse caso, exigir-lhe o cumprimento⁶⁰⁴.

Antes de seguir adiante cabe registrar que o potencial do art. 29 não se limita à interpretação dessa corrente. Dizer que o Código nega proteção ao consumo intermédio, quando se analisa o art. 2º, realmente está correto, mas não é adequado pensar que as implicações do art. 29 se limitam às relações de consumo abstratamente consideradas. Sem entrar em detalhes sobre a perspectiva argumentativa desses autores, ela é bastante restritiva, pois, mesmo tendo alargado a aplicação do Código para além do conceito do art. 2º ao “consumidor potencial”, retirando a necessidade de uma efetiva contratação, não contempla outras relações estranhas à de consumo. Portanto, se o art. 29 for compreendido desse modo, como regulador das relações dos possíveis consumidores, ainda não envolve aqueles que realmente não se caracterizariam como destinatários finais dos produtos ou serviços; não há qualquer possibilidade de uma aplicação para fora das relações de consumo⁶⁰⁵.

Por isso, convém realizar uma interpretação objetivamente otimizadora e mais adequada do art. 29, que confira soluções de acordo com os propósitos atuais, independentemente do que pensaram os seus autores. Aliás, nem seria necessário invocar o art. 29 para a tutela de muitos “*consumidores potenciais*”, pois, por exemplo, os deveres de informação pré-contratuais decorrem também de outros preceitos que, além de fixarem direitos (art. 6º, III, IV, 30, 31, 35, 36, 37, do CDC) exigem a “efetiva prevenção” de danos (art. 6º VI, do CDC). Ao contrário do pensamento dominante, propõe-se uma questão: se excluído o disposto no art. 29, não seria possivelmente exitosa a alegação judicial para coibir uma propaganda enganosa antes de ser realizada a aquisição do produto? Será que esse dispositivo não explicita algo mais do que a proteção “concreta e preventiva” para “consumidores”, em relação às matérias dos capítulos V e VI?

b) Os consumidores-equiparados como todas as pessoas (sem restrições)

⁶⁰⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei nº 8.078, de 11.9.90*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2002. p. 339-340. Na mesma linha do autores citados no texto, cf. também SHARP JÚNIOR, Ronald. *Código de defesa do consumidor anotado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 100 e segs.; GILBRAN, Sandro Mansur. *O conceito de consumidor e sua extensão legal*. In: EFING, Antonio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 2. p. 85-109. p. 100 et seq.

⁶⁰⁵ Cf. NORONHA, 2002, p. 163.

Numa concepção diametralmente oposta ao entendimento dessa primeira corrente, parte da doutrina e da jurisprudência visualizou no art. 29 do CDC uma possibilidade de interpretação que confere amplitude suficiente para abarcar, com esse Código, a proteção contratual em todas as relações não de consumo. Nessa linha, compreende-se que, mesmo quando não está presente o consumidor, de um lado, e o fornecedor, de outro, seriam aplicáveis os dispositivos relativos a práticas comerciais (capítulo V) e proteção contratual (capítulo VI). Há quem defenda a aplicação do artigo 29 aos consumidores equiparados e a todos que possam sofrer quaisquer abusos, caracterizadores de ofensas aos capítulos V e VI do CDC, algumas vezes sem fazer distinção da tutela designada especificamente para os consumidores.

James Marins, por exemplo, critica o posicionamento daqueles que entendem haver limitações para aplicação do Código fora do seu âmbito específico⁶⁰⁶, decorrentes do próprio micro-sistema das relações de consumo. Nessa esteira, é equívoco achar que somente é possível a invocação da proteção do CDC pela equiparação fática dos problemas empresariais com as situações descritas pelo Código. Observando o art. 29 com o auxílio de várias hipóteses exegéticas, o autor aponta que, numa compreensão teleológica desse comando, se trata de uma regra extensiva, a qual, assim como o art. 17, faz exceção à aplicabilidade restrita do CDC às relações de consumo. A sua finalidade “é a de dar proteção substancialmente mais ampla a bens jurídicos considerados pelo legislador como merecedores de tal amparo”⁶⁰⁷.

Segundo Marins, a lei consumerista estipula, pelo artigo 29, uma disciplina para todas as relações jurídicas, sem criar qualquer discriminação entre consumidores e não consumidores, nem antinomias ou restrições, não cabendo ao intérprete estabelecer *discrimens*. Sob o ponto de vista da interpretação lógica e gramatical “é forçoso reconhecer-se que a extensão pretendida, ao equiparar a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, está disciplinando relações jurídicas de toda ordem, mesmo que não sejam relações de consumo, e que de consumidor não se trate”⁶⁰⁸. Essa foi uma opção política do legislador, levando em consideração o potencial de gravidade que pode alcançar a ofensa aos bens jurídicos ali tutelados. Não pode o intérprete fazer uma leitura isolada do art. 29⁶⁰⁹.

Consoante esse entendimento, Marins assinala que, com base no artigo 29, na parte que toca aos capítulos V e VI, o Código de Defesa do Consumidor tem extensão incondicionada para relações não de

⁶⁰⁶ James Marins explica: “Ante essa ótica mais estrita, apesar do incondicionado alcance emergente da letra dos arts. 17 e 29, diversos autores entendem que a aplicação do Código encontraria limitações que decorreriam do próprio micro-sistema das relações de consumo, havendo necessidade, para que a empresa pudesse invocar a proteção do CDC, de uma equiparação fática dos problemas empresariais com as situações descritas pelo Código e que por ele são precipuamente reguladas” (MARINS DE SOUZA, 1996, p. 98).

⁶⁰⁷ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 99.

⁶⁰⁸ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 99.

consumo. Não há lugar para sustentar que a empresa, para receber a proteção contra abusos contratuais, tenha que estar em “situação assimilável à de consumidor ou ainda subsumível ao conceito do art. 2º, pois tais ilações não decorrem lógica ou gramaticalmente do texto legal expresso nem tampouco do sistema”⁶¹⁰. Por exemplo, nas relações bancárias interempresariais não se pode cogitar da “finalidade da operação”. No que respeita ao art. 29 e à proteção contratual, pois, o comando legal é claro e “o que equipara empresas a consumidores é a presença inaceitável da abusividade nas diversas formas que podem revesti-la, seja a abusividade considerada objetivamente ou subjetivamente”⁶¹¹. Tomando em consideração esse critério, o único elemento que precisaria ser evidenciado pela parte mais fraca da relação é a presença da pretensão de abuso.

Por fim, Marins enfatiza que esse entendimento pode ser estendido a muitos outros contratos interempresariais ou somente unilateralmente empresariais, “com fundamento na extensão preconizada por seu art. 29, como forma de escoimar-se a abusividade contratual sob pena de em assim não se entendendo admitir-se, além de manifesto desprezo à norma federal clara e incontestada, velada conspiração contra nosso Estado de Direito, entendido em sua mais alta expressão”⁶¹². Na mesma esteira também parece ser a opinião de José Carlos de Oliveira, tendo como critério da aplicação extensiva a presença da tendência ao abuso: “A finalidade desse artigo foi a de proteger todas as pessoas envolvidas e eventualmente prejudicadas por prática comercial ou contratual abusiva”⁶¹³.

Antônio Carlos Efiging, perfilhando uma das tendências da teoria maximalista, nem precisa de amparo no art. 29 para resguardar um tratamento do CDC a “destinatários finais fáticos”. O autor filia-se à corrente que concebe o CDC como “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro”. Sua concepção é de que “a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o ‘destinatário fático’ do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome”⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 103.

⁶¹⁰ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 99-100.

⁶¹¹ MARINS DE SOUZA, 1996, p. 100.

⁶¹² MARINS DE SOUZA, 1996, p. 104. O autor ainda cita vários contratos realizados nos mesmos moldes dos contratos padronizados e de adesão, como o contrato de *Know-how*, *franchising*, *factoring*, *engineering*, sociedade, consórcio, locação comercial, seguro, etc. E os firmados entre instituições financeiras e empresas (depósito, câmbio, desconto, mútuo, conta corrente, *leasing* etc.). Em todos o aderente merece tutela especial.

⁶¹³ OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de defesa do consumidor: doutrina, jurisprudência e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 127. Para sustentar sua concepção, o autor destaca as decisões da 7ª Câm. Civ. do Tribunal de Alçada Civil do Rio Grande do Sul, o Recurso nº. 192188076 e o Acórdão da Ap. Civil n. 193051216, em contrato de crédito rotativo fora das relações de consumo (OLIVEIRA, 2002, p. 128-129).

⁶¹⁴ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999. p. 46. O autor filia-se a essa corrente maximalista, porque é “da opinião que o CDC veio

A respeito de situações jurídicas já reguladas por outros ramos do Direito, que se referem a relações de consumo, Efing destaca, por exemplo, quanto “à utilização do CDC em substituição às regras de direito comercial em determinadas situações”, que “impõe-se a aplicação das regras do CDC, até pelo fato de que somente dessa maneira estará se operando essa mudança de atitude e mentalidade”⁶¹⁵. Examinando o art. 29, o autor considera que “a terminologia empregada pelo CDC, no sentido de ‘equiparar-se’ a consumidor todas as pessoas expostas às práticas previstas, não quer dizer que exista qualquer diferença de ordem prática entre os consumidores ‘equiparados’ por força do art. 29 e os outros consumidores conceituados por outros dispositivos do CDC”⁶¹⁶.

Cristiane Paulsen Gonzalez brilhantemente defende a aplicação direta do CDC às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping centers* (relações interempresariais) a partir do disposto no art. 29⁶¹⁷. Sustenta ela que existe presunção de vulnerabilidade para as empresas que buscarem a proteção com base no art. 29⁶¹⁸. Em suas palavras: “No que respeita à vulnerabilidade, conforme nosso entendimento, é presumida até se prove em contrário”⁶¹⁹. Assim, basta a incidência do excesso de vantagens exigidas para caracterizar a condição para a equiparação⁶²⁰. Considera que seria uma contradição querer a aplicação analógica⁶²¹; apenas, para tapar todas as brechas que possam restar e evitar a negativa dos tribunais, ainda considera cabível, em última instância, a analogia com o CDC⁶²².

Na consideração apenas do texto desse dispositivo, os autores têm certa razão, porque, como já exposto mais acima, o art. 29 manda aplicar a disciplina ali referida aos “equiparados”. Mas há algumas considerações a fazer. Em primeiro lugar, vale adiantar que a interpretação do art. 29, como ampliativo às relações contratuais não de consumo, abre um caminho vivificador extraordinário ao CDC, inegavelmente benéfico para a implementação da justiça substancial no Direito Privado. Contudo, a idéia da “extensão

para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrado a relação de hipossuficiência do consumidor [...]” (EFING, 1999, p. 46).

⁶¹⁵ EFING, 1999, p. 50.

⁶¹⁶ EFING, 1999, p. 56.

⁶¹⁷ A autora destaca que “por estar exposto às práticas comerciais previstas no capítulo V do CDC, em especial as abusivas, o lojista de *shopping center* equipara-se a consumidor *stricto sensu*, fazendo jus à aplicação das normas contidas no Capítulo das práticas comerciais e das constantes no da proteção contratual” (GONZALEZ, 2003, p. 192).

⁶¹⁸ Cf. GONZALEZ, 2003, p. 145.

⁶¹⁹ GONZALEZ, 2003, p. 148.

⁶²⁰ Cf. GONZALEZ, 2003, p. 154.

⁶²¹ Cf. GONZALEZ, 2003, p. 183 et seq.

⁶²² Para encerrar qualquer via de dúvida quanto à aplicabilidade do CDC às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, Cristiane ressalta que, “se a relação entre lojistas de *shopping center* e empreendedor não se tipificasse como de consumo, tampouco fosse alcançada pela equiparação, considerando a omissão da legislação que lhe é específica, a identidade de circunstâncias (desequilíbrio, abusividade, etc.) e a

incondicionada do art. 29” às relações fora do consumo, como as tipicamente interempresariais, não nos parece a mais adequada para pensar o regime ampliativo do tratamento que o Código dispensa.

Afinal, para levar às últimas conseqüências as expressões gramaticais e a teleologia desse dispositivo, como quer James Marins, será mister questionar mais a fundo, porque nele se diz que “equiparam-se aos consumidores” as pessoas “expostas”... A levar-se a sério as implicações dessas expressões à luz da interpretação sistemática, não há como negar que elas acabam abrindo espaço para a indagação sobre quais as condições em que alguém pode “equiparar-se aos consumidores”, diante da teleologia de todo o sistema do Código.

Dados os inconvenientes de alargar, sem requisitos, a interpretação da extensão do CDC, por levar a conseqüências que, numa análise sistemática do Código, não seriam de todo aceitáveis, a racionalidade própria da lei está a exigir a observação da vulnerabilidade das pessoas jurídicas, porque assim permitirá harmonizar melhor o sistema jurídico privado. E nesse passo é que merece cidadania a verificação da “vulnerabilidade” (art. 4º, I), que é princípio cardeal e a razão de ser do regime protetivo. Mas isso não significa aderir às tendências subjetivistas, como se passa, brevemente, a expor.

c) Os consumidores-equiparados como pessoas comprovadamente vulneráveis

Numa terceira perspectiva, diferentemente das anteriores, a doutrina e jurisprudência, afeitas à concepção subjetivista do conceito de consumidor, têm tomado pelo menos dois rumos bem claros: a) há quem admita a tutela de pessoas jurídicas e consumidores profissionais, mesmo com base no art. 2º, sob o exame simultâneo da destinação final e da vulnerabilidade, restringindo o art. 29 aos “consumidores potenciais”, submetidos a esses mesmos requisitos; b) outra linha tem a tendência de considerar que o Código, num primeiro momento, sob a análise do art. 2º, não teria albergado os empresários ou consumidores profissionais, e somente pelo comando do art. 29 é que estaria designada a proteção às pessoas jurídicas “destinatárias finais” em condições de vulnerabilidade. Entretanto, nessa perspectiva, justamente por se atribuir maior peso ao aspecto teleológico da proteção, a consideração da vulnerabilidade acaba cedendo espaço para que o CDC passe a reger amplamente as relações não de consumo.

nítida presença da vulnerabilidade, seria de qualquer forma abrangida pelo amparo do CDC, mas

Na primeira hipótese, Maria Antonieta Zanardo Donato, sob a perspectiva do art. 2º, admite que a inclusão ou não das pessoas jurídicas enquanto consumidores depende da caracterização “da finalidade consignada à relação de consumo, isto é, da destinação dessa contratação” e, “a partir daí, da análise a ser realizada pelo Poder Judiciário da sua vulnerabilidade, que será perquirida caso a caso”⁶²³. Do ponto de vista do art. 29, a autora destaca duas espécies de tutela que poderão advir da exposição das pessoas (consumidores): “a primeira advém de uma situação abstrata que prevenirá a ocorrência de um dano futuro, e, a segunda, de uma situação concreta que evitará um prejuízo ou dano eminente do consumidor”⁶²⁴.

Além de restringir o âmbito de aplicação do art. 29 às relações de consumo, Donato atribui primazia ao princípio da vulnerabilidade, de tal modo que as pessoas jurídicas e consumidores profissionais ainda teriam que passar pelo crivo do exame da vulnerabilidade para obter alguma tutela. Conforme explica, “estando qualquer pessoa, física ou jurídica, exposta a uma prática comercial abusiva, o CDC outorgar-lhes-á a sua tutela”. Entretanto, assim como “nas hipóteses do art. 2º, quando se cuida do destinatário final da relação de consumo, a incidência da norma deverá ser aplicada indistintamente, revelando-se, contudo, a vulnerabilidade do consumidor”⁶²⁵.

Assim, segundo Donato, o campo de incidência do art. 29 atinge as pessoas jurídicas e consumidores profissionais, restrito, contudo, às relações de consumo e à presença da vulnerabilidade (art. 4º, I). A inclusão ou exclusão da pessoa jurídica e do consumidor profissional só é possível pela análise das condições de vulnerabilidade do consumidor e “só deveria ser admitida a tutela protecionista outorgada pelo CDC às pessoas jurídicas, desde que a sua incidência ocorresse em situações diversas do seu campo de atividade”⁶²⁶.

analogicamente” (GONZALEZ, 2003, p. 193).

⁶²³ Cf. DONATO, 1993, p. 131. Além da posição expressa no texto, em outra passagem Donato esclarece que “a lei, ao incluir a pessoa jurídica no conceito de consumidor, pretendeu referir-se àquela pessoa jurídica que, mesmo sendo fornecedora, ao inserir-se no pólo ativo da relação jurídica de consumo, na qualidade de ‘consumidor destinatário final’, estaria a fazê-lo como qualquer outro consumidor, ou seja, sem possuir qualquer poder de barganha sobre seu ‘fornecedor’, estando a aceitar as cláusulas contratuais impostas sem que lhe fosse conferida a possibilidade de discutir seu conteúdo; enfim, encontrar-se-ia revestido com a mesma vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao realizar aquele mesmo contrato, apresentando-se, nessa relação de consumo, o mesmo desequilíbrio que estaria se fosse realizado por qualquer outro consumidor-vulnerável” (DONATO, 1993, p. 104). Adiante a autora define mais claramente a sua concepção: “conquanto o conceito de consumidor disposto no art. 2º do CDC possa ser interpretado de forma ampla, como pretendem os maximalistas, entendemos que não seria essa interpretação apta a coadunar-se com a sistemática adotada pela lei, vez que abrangeria, indistintamente, todas as pessoas jurídicas, mesmo aquelas que não se apresentem vulneráveis, e, simultaneamente, conferiria tutela a situações que, por sua própria natureza, já estariam sendo tuteláveis pelo direito comercial” (DONATO, 1993, p.107).

⁶²⁴ DONATO, 1993, p. 246.

⁶²⁵ DONATO, 1993, p. 247.

⁶²⁶ DONATO, 1993, p. 248. Desse modo o art. 29 será aplicado, “desde que a relação jurídica de consumo a ser tutelada não incida dentro do campo de atuação profissional específico desses consumidores, v.g., o fornecedor de bebidas condicionar o fornecimento de um produto ao fornecimento de outro — venda casada — ao comerciante. Nessa hipótese, entendemos não é possível a aplicação das normas tutelares contidas no CDC, eis

A segunda linha mencionada guarda semelhança com o pensamento de Cláudia Lima Marques que, com raciocínio pautado no pensamento da corrente finalista, entende serem consumidores *stricto sensu* apenas os não-profissionais que contratam ou se relacionam com profissionais. Como os subjetivistas (finalistas), a autora compreende que é correto interpretar a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, de acordo com os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4º e 6º. A regra do art. 2º tem sua finalidade esclarecida pelo art. 4º, I. Então, consumidor, em princípio, seria o não profissional; os profissionais seriam os consumidores-equiparados que, quando em condições de vulnerabilidade, teriam os benefícios do CDC. Essa conclusão veio depois que a autora verificou que está correta a tendência da jurisprudência de considerar os profissionais como equiparados a consumidores em vista do art. 29 e da vulnerabilidade na relação contratual, pois muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas pelas atividades dos fornecedores no mercado⁶²⁷.

Nesse sentido, Lima Marques admite que pessoas e entidades que não sejam consumidoras possam beneficiar-se pela norma do art. 29. É diante da possibilidade de aproveitamento do comando preceituado pelo artigo 29 do CDC pelas empresas, que a autora alarga a sua visão limitativa da abrangência do Código apenas para consumidores *stricto sensu*⁶²⁸. Com a disposição do artigo 29 do CDC, o legislador pátrio colocou no ordenamento jurídico brasileiro uma norma norteadora da interpretação dos contratos privados. Essa norma, à medida que é utilizada pelos tribunais, vem ao encontro da vontade interventora do legislador. O sentido expresso busca a manutenção de um patamar mínimo de boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais, mesmo civis e comerciais. Tal atitude interventora não há de causar espanto, pois é fato característico no Direito alienígena há anos⁶²⁹.

Assim, como visto, a autora considera elemento fundamental para se pensar na possibilidade de extensão do CDC a vulnerabilidade de uma das partes contratantes, um “verdadeiro *status* análogo ao consumidor”. Mesmo a parte sendo um agente econômico, isso não significa que, em suas relações contratuais,

que a relação jurídica ocorre na atuação específica da atividade da pessoa jurídica. Se, entretanto, esse mesmo comerciante pretendesse adquirir canetas esferográficas e o fornecimento de outro produto, p. ex., lápis, entendemos ser possível invocar-se a aplicação das normas do CDC” (DONATO, 1993, 247-248).

⁶²⁷ Cf. MARQUES, 1998, p.140-141 e 152 et seq. cf. também BONATTO; MORAES, 1999, p. 71-82.

⁶²⁸ Segundo a autora, “o art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política-legislativa. Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Essas, mesmo não sendo ‘consumidores *stricto sensu*’, poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas” (MARQUES, 1998, p. 157).

⁶²⁹ Cf. MARQUES, 1998, p. 158.

tenha sempre reais poderes de barganha e controle absoluto dos acordos que precisa realizar na vida prática. Muito mais considerando o aumento da concentração monopolista do mundo atual. É por isso que o Estado não pode permanecer inerte, e sua opção pela inclusão ou não de determinada categoria de pessoas na tutela legal protetiva tem efeitos positivos e negativos, conforme a decisão que se faça⁶³⁰.

Decorrente desse elemento, a autora, superando entendimento anterior, o qual considerava necessário ser “destinatário final” e pessoa física para beneficiar-se do CDC, atualmente admite que, na relação que tenha como contratante (aderente), a pessoa jurídica ou o profissional, mesmo não sendo “destinatário final” (fático ou econômico) do produto ou serviço, poderá beneficiar-se, através do art. 29 do CDC, desde que comprove a sua vulnerabilidade⁶³¹.

Outro critério secundário sugerido pela autora, bastante curioso e não explorado pelas empresas, concebe um modo indireto para justificar a utilização do art. 29 por uma empresa contra a outra. Por exemplo, o combate à concorrência desleal pode ser feito tendo em vista a sua ligação com a proteção ao consumidor⁶³². Da mesma maneira, uma empresa poderia coibir práticas abusivas, como propaganda enganosa, de outra, com base na proteção ao consumidor. Nessa linha de pensar haveria apenas uma consideração importante para a aplicação da norma do art. 29, que seria a prova pela empresa de que há prejuízo, direto ou indireto, para o consumidor, ou para o mercado⁶³³. É um critério endossado por Alberto Amaral Júnior, para quem “o art. 29 permite ao intérprete efetuar amplo controle sobre as práticas comerciais suscetíveis de causar, direta ou indiretamente, prejuízo aos consumidores”⁶³⁴.

⁶³⁰ Cf. MARQUES, 1998, p. 159.

⁶³¹ É o que diz Lima Marques: “na análise anterior, defendemos o ponto de vista que a pessoa jurídica ou o profissional não se beneficia da presunção de vulnerabilidade, mas pode prová-la, sempre que destinatário final econômico do produto ou serviço. No caso de extensão do campo de aplicação do CDC face ao art. 29, a vulnerabilidade continua sendo elemento essencial, superado, apenas, foi o critério da destinação final. Mesmo não sendo destinatário final (fático ou econômico) do produto ou serviço, pode o agente econômico ou profissional liberal vir a ser beneficiado das normas tutelares do CDC enquanto consumidor-equiparado. Isto porque, concentrado talvez nessa vulnerabilidade fática, instituiu o legislador brasileiro três normas de extensão do campo de aplicação pessoal do CDC, três disposições legais conceituando os agentes que considera equiparados a consumidores (parágrafo único do art. 2º, arts. 17 e 29)” (MARQUES, 1998, p. 155).

⁶³² Cf. MARQUES, 1998, p. 156-157.

⁶³³ Para Lima Marques há limitações na aplicação do art. 29, contudo, nem mesmo o seu possível alcance vem sendo utilizado pelos agentes econômicos, “talvez receosos que um dia ela seja usada contra si próprios”. “O art. 4º do CDC, em inc. VI, estabelece como norma-objetivo do CDC, como princípio norteador da interpretação do próprio art. 29, ‘a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal’, desde que ‘possam causar prejuízos aos consumidores’. Assim, um comerciante poderia exigir, por exemplo, a abstenção de outro comerciante que está veiculando uma propaganda enganosa no mercado (art. 37, § 1º), ou nulidade de uma cláusula presente nas suas condições gerais de venda, mesmo em contrato comercial (arts. 51 e 54), alegando prejuízo indireto aos consumidores (em verdade, ao mercado)” (MARQUES, 1998, p.157-158).

⁶³⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. As condições abusivas na concessão de crédito bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, p.35-45, out./dez. 2001. p. 40. Trata-se de um critério exemplificado por Alcides Tomasetti Júnior: “Na medida em que, por força de comportamentos e cálculos exclusivamente unilaterais, a Petroquímica

Nessa mesma esteira, Juliana Santos Pinheiro avalia que, na concepção finalista, a pessoa jurídica necessita comprovar sempre se é vulnerável, mesmo quando destinatária final, porque “somente presumível a vulnerabilidade da pessoa física não-profissional”⁶³⁵. Seguindo Lima Marques, a autora conclui que o art. 29 é “inovador pela técnica e sobretudo pelo campo de incidência, pois sua proteção vai além da repressão às práticas comerciais abusivas, mesmo que para tanto, um agente econômico dele valha-se, pois derradeiramente estaria promovendo a proteção do consumidor”⁶³⁶.

José Geraldo Brito Filomeno assume uma posição finalista semelhante a essa corrente, no que diz respeito à consideração da vulnerabilidade⁶³⁷. Sem tratar de implicações do art. 29, debatendo a caracterização do consumidor assinala que “dizer-se, como querem os assim denominados pela autora retrocitada, *maximalistas*, que se aplica o Código, sem qualquer restrição, às pessoas jurídicas, ainda que fornecedoras de bens e serviços, seria negar a própria epistemologia do microsistema jurídico de que ele se reveste”⁶³⁸. Adiante enfatiza que “a *vulnerabilidade econômica* também deve ser levada em conta para a mencionada distinção”⁶³⁹.

Portanto, o autor parece ter atribuído peso ao aspecto teleológico, para que interfira no conceito de “consumidor”. Se bem entendemos o pensamento de Filomeno, também a sua interpretação abre um leque de oportunidades para além dos “consumidores-empresários” que estiverem em condições de vulnerabilidade, o que parece desafiar o conceito legal do art. 2º, quando se analisa esse regime independentemente das estipulações equiparativas, como as considerações do art. 29.

Newton de Lucca assinala que no art. 29 há um “alargamento do conceito de consumidor, especialmente destinado a estender a proteção legal aos adquirentes de bens e de serviços em potência”, cujo fundamento encontra-se na garantia de prevenção de dano (art. 6º, VI)⁶⁴⁰. O autor exemplifica que nunca

União S. A. vem praticando aumentos arbitrários de lucros que repercutirão ao longo de toda a cadeia que vai da produção do etileno até o consumo final dos produtos em cuja substância esse insumo entra como ingrediente — de toda sorte a representar elevação de preço carreada ao consumidor *stricto sensu* (= destinatário final) — não apenas esse último mas também a Solvay do Brasil S. A. estarão interessados e legitimados para argüir a nulidade e justa redução (*supra*, item 17) dos atos unilaterais de aumento desproporcionado do preço do etileno, porque expostos à mesma prática (art. 29) contratual abusiva fulminada de nulidade *pleno iure* (art. 51, *caput*, X, e § 1º, todos do CPDC)” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Abuso do poder econômico e abuso de poder contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 715, p. 87-107, maio, 1995. p. 103).

⁶³⁵ PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 325-356. p. 344 e 353.

⁶³⁶ PINHEIRO in: TEPEDINO, 2001, p. 352.

⁶³⁷ Filomeno destaca que, “não pode ser considerada consumidora final a empresa que adquire máquinas para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório, que venham a apresentar algum vício ou defeito. Isso porque referidos bens certamente *entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final*” (FILOMENO, 2000, p. 37). Até aqui, está seguindo uma das tendências objetivistas.

⁶³⁸ Cf. FILOMENO, 2000, p. 37.

⁶³⁹ FILOMENO, 2000, p. 37.

⁶⁴⁰ Cf. DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor: teoria geral da relação de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 119.

consumiu cigarro, nem pretende consumir; não é consumidor final, nem intermédio, mas poderia utilizar-se das normas do CDC para proteger-se contra eventual propaganda enganosa sobre cigarro, com base no art. 29⁶⁴¹.

Contudo, para De Lucca o conteúdo do art. 29 não se limita à dimensão dos “potenciais consumidores”. Por exemplo, quando um empresário efetua um contrato de empréstimo junto a um banco, utilizando-se de uma operação de desconto de duplicatas, essa será “destinada à produção ou ao consumo intermédio”. Se prevalecer a corrente finalista, a qual o autor considera a mais acertada em termos de Direito do Consumidor, “o aspecto teleológico da proteção ao Código se sobrepõe aos demais”; e, nesse caso, os empresários, “salvo raras exceções⁶⁴², não se acham albergados pela legislação tutelar, não obstante a definição de ‘consumidor’, constante do *caput* do art. 2º do CDC, que, com a expressão ‘pessoa jurídica’, contemplou a possibilidade de os empresários, quando destinatários finais, serem também abrangidos pela proteção⁶⁴³. E esclarece na sua obra mais recente: “Mas hão de ser protegidos, no entanto, *mesmo não sendo destinatários finais*, naquelas situações em que poderão ser considerados consumidores por equiparação⁶⁴⁴. Nesse caso, merecedores da tutela dos capítulos V e VI⁶⁴⁵.

Observada a doutrina, além da negligência de alguns autores, que não tecem qualquer comentário a respeito, encontram-se diversas interpretações do disposto no art. 29, de tal maneira que seria difícil contemplar todas nesse espaço. Em resumo, foi exposto brevemente sobre: a) aqueles que vêm no art. 29 apenas a proteção para “potenciais consumidores” pessoas físicas ou jurídicas; b) aqueles que descobrem nesse dispositivo uma possibilidade de ampliação da proteção prevista nos capítulos V e VI, para todo o Direito Obrigacional,

⁶⁴¹ DE LUCCA, 2003, p. 232.

⁶⁴² O autor, em que pese assumir a corrente finalista, apresenta como critérios justamente aqueles oferecidos pelas correntes objetivistas, para a caracterização do consumidor.

⁶⁴³ DE LUCCA, 1998, p. 84; cf. também DE LUCCA, 2003, p. 235-236.

⁶⁴⁴ DE LUCCA, 2003, p. 236; cf. nota 590. Em relação à extensão da proteção do CDC no que diz respeito aos contratos bancários, a posição do autor é bem interessante. No Congresso Internacional de Direito do Consumidor (Brasília-DF, abril de 1994), Newton De Lucca apresentou sugestão, que o plenário aprovou, unânime, com a seguinte redação: “Os bancos e as atividades bancárias se encontram sob o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor” (NERY JÚNIOR et al., 1999, p. 466). Mas destaca: “Se o banco realiza contratos com partes que não poderão ser consideradas consumidores, sua disciplina jurídica não será afetada pela legislação consumerista” (DE LUCCA, Newton. A aplicação do código do consumidor à atividade bancária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 78-87, jul./set. 1998, p. 84). Na sua última obra, entretanto, o autor considera que todos os contratos bancários deveriam estar sujeitos à máxima moralidade, pois o Banco é instituição que deve ser fiscalizada pelo conselho monetário e não poderia fazer um contrato diferenciando entre seus clientes: consumidores *strito sensu* e consumidores-equiparados. Por consequência, os contratos bancários deveriam estar submetidos ao CDC (cf. DE LUCCA, 2003, p. 237).

⁶⁴⁵ Newton De Lucca confessa que julgou necessário encontrar uma justificativa de abertura para a interpretação estritamente minimalista, provavelmente sob influência do fato de ter se deparado, no exercício de mais de vinte anos de advocacia, com algumas situações claramente injustas nos contratos de franquia. Também reforçado pela posição de Fábio Konder Comparato que, em um curso do Brasilcon: “Interrogado por um aluno participante exatamente sobre a possibilidade de aplicação do CDC a um contrato de franquia, respondeu afirmativamente o referido professor, desde que a vulnerabilidade do franqueado ficasse inequivocamente comprovada” (DE LUCCA, 2003, p. 271).

independentemente de qualquer condição, bastando a configuração da infringência a alguma dessas disposições; c) aqueles que, em princípio, só designam a tutela do CDC para pessoas jurídicas em condições de vulnerabilidade, e encontram no art. 29 a possibilidade de albergar os empresários e consumidores profissionais, quando “destinatários finais” em condições de vulnerabilidade; mas que depois vão além, permitindo que não consumidores, quando vulneráveis, obtenham a tutela.

Essas concepções expostas até aqui, cada uma a seu modo, trazem contribuições importantes para o debate e compreensão do art. 29, de modo que jamais poderiam ser descurados seus méritos e conquistas rumo ao avanço teórico. Entretanto, cumpre buscar outras vias sempre mais satisfatórias, de forma a construir o melhor Direito para nós⁶⁴⁶ e, simultaneamente, guardar coerência com a sistemática fixada no CDC. É aí que desperta a curiosidade para investigar qual o verdadeiro potencial do art. 29 e a melhor maneira de utilizá-lo na dinâmica das decisões judiciais. A fim de alcançar uma interpretação mais acurada, ou pelo menos contribuir para buscar uma compreensão diferente da sistemática do Código, é mister desconstruir e reconstruir algumas idéias básicas, por vezes já presentes no pensamento apresentado.

3.4.3 Críticas e adequações da aplicação do art. 29 do CDC

Em primeiro lugar, cabe posicionar-se criticamente em relação à corrente dominante, sabiamente colocada pelos autores que defendem uma concepção restritiva do art. 29, atrelando o seu âmbito de aplicação apenas aos consumidores abstratamente considerados. Contra essas primeiras leituras desse dispositivo, talvez ninguém tenha sido mais incisivo e esclarecedor do que Antonio Janyr Dall’Agnol Junior.

⁶⁴⁶ Conforme assinala Ronald Dworkin, devemos “interpretar” o Direito posto e as decisões passadas, “criando um novo Direito”, da maneira que julgamos melhor. Por isso, “os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade” (DWORKIN, 2001, p. 220). Equiparando a interpretação jurídica à de um texto, ensina: “A interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que *ele* pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra”. Adiante enfatiza: “O texto estipula uma restrição severa em nome da identidade: todas as palavras devem ser levadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torná-lo uma obra de arte melhor” (DWORKIN, 2001, p. 223).

Segundo o autor, “é sobretudo com a técnica da equiparação que logrou o CDC alcance para além do eventualmente querido pelo legislador”⁶⁴⁷. Após conferir o pensamento de Antonio Benjamin, Dall’Agnol desfere suas críticas à corrente que enveredou pelo entendimento de que o universo dos destinatários da norma do art. 29 do CDC é constituído pelos “*potencialmente consumidores*”. Inicia grifando que esse preceito dirige tutela a “*todas as pessoas*” “*expostas às práticas neles previstas*” (capítulos V e VI), e assinala: “Desse modo, e com a vênia do entendimento contrário, que se me afigura, em doutrina, majoritária, o que ocorre é a abertura de verdadeiro ‘canal de oxigenação’, via art. 29, restritamente embora, entre o subsistema e o sistema comum, aquele a esse vigorando, bem entendido”⁶⁴⁸.

Com a “fragmentação do conceito” dado no art. 2º do Anteprojeto, que noticia Antônio Benjamin, citado acima, ocorreu uma mudança significativa e até curiosa. Segundo Dall’Agnol, foram “supridas as idéias de ‘sujeição’ e de ‘propensão’, para fixar-se na de intervenção”, por isso, não está correta a conclusão das primeiras leituras do art. 29, “provavelmente influenciadas mais pela intenção e menos pelo resultado”. Esse dispositivo “carrega não apenas a idéia de ‘propensão’, mas também — e sobretudo — a de ‘sujeição’, fundamentalmente porque restaram exprimidas pela unificada idéia de ‘exposição’”⁶⁴⁹.

Daí haver averbado com igual propriedade, “‘expor-se’ não é apenas, como parecem crer os doutrinadores da primeira hora, *pôr-se à vista*, mas também *submeter-se* (à ação de), expor na vitrina ou expor-se ao sol”. Desse modo, “não se cuida, pois só de prevenção, muito menos de só abstração, mas, concretamente, de participação, de tomar parte voluntariamente, de ‘estar presente’”. Enfim, remata o autor: “Dizer que ‘todas as pessoas’ — não mais a ‘coletividade de pessoas’, ‘determináveis ou não’ — ‘expostas’ são destinatárias das normas protetivas não significa absolutamente que o sejam apenas as pessoas *que possam vir a*, mas, ao menos também, as *que estão sujeitas a*”⁶⁵⁰.

Sobre esse ponto de vista, é necessário compreender que, se a maioria das normas do CDC são destinadas a regular, de forma restrita, as relações de consumo entre fornecedor e consumidor, tal como conceituados nos arts. 2º e 3º do Código, o art. 29, entretanto, vai além. Como esclarece inteligentemente Paulo Heerdt, “diante dos expressos termos do art. 29, para fins de proteção legal, na condição de aderente às

⁶⁴⁷ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Direitos do consumidor e serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 7-17, jul./set. 1998. p. 08.

⁶⁴⁸ DALL’AGNOL JUNIOR, 1998, p. 12-13.

⁶⁴⁹ DALL’AGNOL JUNIOR, 1998, p. 13.

⁶⁵⁰ DALL’AGNOL JUNIOR, 1998, p. 13.

condições impostas pela outra parte, incluem-se também os empresários e as pessoas jurídicas, mesmo que não venham a adquirir produtos ou utilizar serviços na condição de destinatário final”⁶⁵¹.

Em se tratando da publicidade, das cláusulas abusivas, dos contratos padronizados e de adesão, por exemplo, não basta dizer que as pessoas protegidas por essas normas são os *consumidores em potencial*, ou seja, aqueles que *podem vir a* adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatários finais. Incluem-se aí todas as pessoas expostas às práticas comerciais, inclusive a empresa, nas hipóteses em que não seja destinatária final dos produtos ou serviços⁶⁵².

Nesse aspecto, o disposto no art. 29 do CDC não pode ser interpretado no sentido de que somente por esse preceito os “consumidores-empresários” podem alcançar alguma tutela do Código, como tendem a afirmar alguns subjetivistas. Ou ainda, como querem outros, o artigo 29 não se limita a dar apenas abrangência para “agentes econômicos” expostos a práticas abusivas, e que estejam ainda no campo das relações de consumo. Quando se trata de relação de consumo, não há necessidade de invocar o art. 29, porque o CDC adotou uma concepção predominantemente objetivista, de tal modo que os consumidores-empresários, ou os empresários na condição de “destinatários finais” dos produtos ou serviços, estão tutelados pela fórmula do art. 2º do Código, independentemente de comprovação da vulnerabilidade.

O conceito padrão de consumidor encontra-se na idéia de “destinação final” dos produtos e serviços⁶⁵³. Quando alguém estiver na condição de “destinatário final” — pouco importa se é uma pessoa jurídica ou um consumidor profissional — presume-se vulnerável perante o Código, que considera todos os participantes de relações de consumo como ocupantes de uma posição de vulnerabilidade⁶⁵⁴. A razão de ser do regime protetor aos “destinatários finais” é a vulnerabilidade (art. 4º, I), mas, uma vez caracterizada a relação de consumo, o Código será aplicado, ainda que em algum aspecto se possa provar que o aderente é a parte mais forte; isto é, o juiz poderá reduzir os benefícios do Código, mas não afastar *a priori* a sua aplicação.

A destinação final, que é requisito imprescindível e suficiente para a conceituação do art. 2º, não é requisito, contudo, para os casos em que se definem os consumidores-equiparados. O que se extrai, em tais

⁶⁵¹ HEERDT, 1993, p. 89.

⁶⁵² Em relação à publicidade, cf. LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 149-183, 1992. p. 166.

⁶⁵³ Como assinala Carlos Alberto Bittar: “Observe-se que, no conceito legal, ingressam também as pessoas jurídicas, sempre que destinatárias finais do produto, ou do serviço, matéria em que nosso Código é explícito, evitando dúvidas e questionamentos nela levantados” (BITTAR, 1991, p. 28).

⁶⁵⁴ Com propriedade ensina Paulo Luiz Neto Lôbo: “A natureza de poder contratual dominante do fornecedor é presumida pela lei, mesmo quando se depare com eventual consumidor economicamente mais forte” (LÔBO, 1994, p. 45).

circunstâncias, é que foram contempladas situações que, em princípio, permaneceriam desprotegidas⁶⁵⁵. O modo como ficou estabelecido o conteúdo do art. 29 não está prevendo a utilização do CDC pelos “consumidores-empresas”, e sim permitindo a extensão da proteção estipulada nos capítulos V e VI para fora do âmbito das relações de consumo. Efetivamente, se o art. 29 diz consumidores-equiparados, é porque não são consumidores, embora se beneficiem, por extensão, do tratamento jurídico estabelecido para estes⁶⁵⁶.

Não importa saber a vontade do legislador. Como já visto, é difícil afirmar qual foi realmente a “vontade do legislador”, dada a complexidade de se dizer qual a composição desta que, aliás, muitos apontam sem teorizar sobre ela. Assim, mesmo sem investigar a dimensão subjetiva que constituía o desejo dos feitores da lei, objetivamente considerando a vontade da lei [cf. supra 3.3.3], observa-se que, estender a outros sujeitos os benefícios atribuídos ao consumidor destinatário final, é muito louvável. Sobretudo, porque a atividade dos fornecedores no mercado prejudica, com muita frequência, grande número de pessoas que não são destinatárias finais.

Entretanto, em razão desse entendimento no sentido ampliado, não se pode pensar que se abre, sem mais, o universo dos destinatários. A interpretação que dá abrangência totalizante, designando aplicabilidade a todo o Direito Obrigacional, nesse ponto está com a verdade. Porém, se o art. 29 não exigir qualquer requisito para configurar a “equiparação”, como querem alguns objetivistas, a forma como será realizada a tutela da vulnerabilidade nas relações interempresariais não será a mais adequada. A aplicação direta da tutela consumerista ao âmbito das relações interempresariais acaba desvirtuando tanto o Direito do Consumidor quanto o Direito Empresarial.

Nesse passo, apresenta-se questionável a doutrina que afirma ser suficiente a simples exposição às hipóteses dos capítulos V e VI do CDC para ensejar a equiparação em causa. O raciocínio da aplicação indiscriminada do art. 29 pode gerar uma utilização em massa do CDC sem critérios, e com isso degenerar a razão de ser do sistema: a proteção dos vulneráveis. E, se no art. 2º, a vulnerabilidade é presumida, a análise sistemática do sistema jurídico privado não permite concluir que a mesma presunção tenha ocorrido no art. 29, pelo menos não nas relações interempresariais não de consumo, em que as conseqüências de uma presunção

⁶⁵⁵ Cf. AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 39. Em que pese o autor referir que a inclusão de pessoa jurídica no conceito de consumidor do art. 2º, do CDC, pode “ser atenuada mediante o emprego do princípio da vulnerabilidade” (AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 38).

⁶⁵⁶ Fernando Noronha avalia a técnica de equiparação do Código de Defesa do Consumidor e interpreta que, no parágrafo único do art. 2º, e no art. 29, “temos outras entidades que são equiparadas a consumidores, isso só pode significar que afinal elas não têm essa condição, embora beneficiem, por extensão, do tratamento jurídico estabelecido para os consumidores”. Enquanto que, “na hipótese contemplada do art. 17, em rigor não há equiparação de outras pessoas a consumidores, o que temos é um preceito que determina que o regime jurídico

serão totalmente diferentes do que no âmbito do consumo. Por exemplo, será correto presumir a vulnerabilidade e aplicar a proteção do Código de Defesa do Consumidor diretamente, declarando a nulidade de uma cláusula que resultar problemática em um contrato entre dois grandes conglomerados industriais ou financeiros?

Uma análise gramatical do texto expresso também demanda outras considerações. A correta interpretação do art. 29 não pode desconsiderar o “corpo legislativo em que está inserido” e o seu núcleo, que é o verbo, isto é, “quem está *exposta* é *pessoa* que só se encontra, diante de outrem, em pé de igualdade real. Está exposto o pequeno figurante do negócio jurídico diante do grande”, assinala Dall’ Agnol⁶⁵⁷.

Assim, nesse raciocínio, ressaltou Cláudia Lima Marques: “Se a destinação final do produto ou serviço é superada pelo art. 29 do CDC, parece-nos não ter sido superada a característica de vulnerabilidade necessária àquele que quer se beneficiar do art. 29 do CDC, uma vez que essa norma somente protege os “expostos” às práticas e, pela lógica, só está exposto quem é vulnerável”⁶⁵⁸.

Nessa trilha, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, após asseverar a necessidade de ter como requisito para a equiparação a vulnerabilidade, encerra: “Dessa feita, nada impediria que um empresário, parte vulnerável num contrato de adesão, exposto à prática abusiva de um fornecedor economicamente mais forte, invocasse a proteção do CDC com fundamento no art. 29”⁶⁵⁹.

Em consideração a esses aspectos, mostra-se mais adequado compreender que a legislação consumerista, nas hipóteses do art. 29 que abarcam negócios não de consumo, exigiria a análise da vulnerabilidade, em cumprimento do art. 4º, I, o qual é princípio informador de todas as normas do Código. Mas, ainda assim, será que para algumas pessoas essa vulnerabilidade não poderia ser presumida? De outra parte, será que não há hipóteses contratuais em que a vulnerabilidade se apresenta com toda a evidência, como nos contratos padronizados e de adesão?

Na perspectiva de encontrar certos requisitos, a aplicação analógica parece ser a mais adequada. Uma interpretação bastante profícua, finalmente, é dada por quem admite a tutela aos “consumidores-empresários” pelo conceito do art. 2º do CDC, para a proteção de todas as pessoas, inclusive jurídicas, quando caracterizada a relação de consumo, independentemente do exame da vulnerabilidade. E reserva o art. 29 como um comando para aplicar a disciplina nele referida não só aos consumidores potenciais, mas especialmente às tradicionais relações civis e empresariais. Precisamente para melhor adequar a sua aplicação, sugere-se a

de responsabilidade objetiva, que recai sobre os fornecedores, abarca consumidores e não consumidores que sejam vítimas de danos causados pelo fato de produtos e serviços” (NORONHA, 2002, p. 155).

⁶⁵⁷ Cf. DALL’ AGNOL, 1998, p. 13.

⁶⁵⁸ MARQUES, 1999, p. 136.

utilização do método analógico, quando então parece fundamental alguma forma de verificação da *similitude de situação com os consumidores*. Nesse pormenor, destaca-se o exame da vulnerabilidade.

Essa tendência tem sua razão de ser, e é a que está mais habilitada a oferecer critérios que possibilitem assegurar a coerência com o plano subjacente ao Direito do Consumidor, no sentido do reequilíbrio e proteção nas relações contratuais em que um dos sujeitos estiver em situação mais fraca, mais vulnerável.

3.4.4 A aplicação analógica da proteção contra cláusulas abusivas e seus critérios

Evidenciada a constituição de uma *relação de consumo*, incide, sem mais, a legislação específica. Independentemente de ocorrer entre pessoas jurídicas, tal relação encontra-se, bem entendido, ao abrigo do CDC, que visa a tutela dessa espécie, conforme designado nos seus art. 1º e 2º. Contudo, em face de estipulações equiparativas nele contidas, o CDC não atinge apenas a relação contratual de consumo, ou, se preferir, não tutela apenas o “consumidor”, pessoa física ou jurídica. A disposição do art. 29 alarga o campo de aplicação do Código, incluindo “*todas as pessoas*” que estiverem “*expostas*” às práticas referidas dos capítulos V e VI, *abstrata* ou *concretamente* consideradas, *independentemente* de constituir-se *relação de consumo*.

Dados os inconvenientes assinalados brevemente no item anterior, uma aplicação direta da proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais não é a mais adequada. Como bem observa Fernando Noronha, seria mais defensável admitir a existência de uma lacuna, que o Código de Defesa do Consumidor teria colmatado, mandando aplicar alguns de seus preceitos⁶⁶⁰. Na colmatação dessa lacuna, para beneficiar quem não seja destinatário final do produto ou serviço, um dos caminhos mais apropriados é a analogia.

Uma das conseqüências de o Direito do Consumidor ser um direito especial, como tivemos oportunidade de apontar anteriormente, é a possibilidade que ele oferece de utilização da “aplicação analógica” das normas relativas às cláusulas abusivas, às relações que vão além da sua órbita específica de atuação. A partir de agora se sustenta que o art. 29 alçou um apoio para que o juízo analógico encontre amparo na própria

⁶⁵⁹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119.

⁶⁶⁰ Cf. NORONHA, 2002, p. 164.

legislação. Em que pesem certas peculiaridades relacionadas à teoria clássica⁶⁶¹, encontra-se nele uma permissão para o que se denominava tradicionalmente *analogia legem*.

Defende-se que há possibilidade de extensão de normas do Direito do Consumidor, relativas à proteção contra cláusulas abusivas (art. 51 a 53), a hipóteses que ultrapassam o âmbito específico desse direito, porque o art. 29, ao referir-se a “todas as pessoas expostas”, declara implicitamente que, no que diz respeito a esses preceitos, *as razões de solução neles adotada* são também procedentes para casos omissos (analogia). Este é o requisito primordial para a aplicação analógica, como assinala Noronha:

o preenchimento de lacunas através da analogia é justificado a partir, por um lado, da consideração da necessidade de evitar dissonâncias no sistema jurídico e, por outro, da presunção de que se a lei previu determinado caso e o regulou de certa forma, do mesmo modo teria regulado, se os tivesse previsto, os outros casos em relação aos quais igualmente sejam procedentes as razões justificativas daquela regulamentação⁶⁶².

E sobre isso, assinala adiante:

Ora considerando as hipóteses em que a jurisprudência tem recorrido ao art. 29 do Código, não é em todas elas que se justifica a aplicação analógica desse preceito. Cremos só ser possível considerar haver ‘pessoas ou entidades equiparadas a consumidores’, para efeitos do art. 29, nos casos em que, como ele próprio sugere, estivermos perante uma especial situação de vulnerabilidade das pessoas ou entidades sujeitas às práticas nele referidas, a qual as ponha em situação similar à dos consumidores⁶⁶³.

Existem justificativas jurídicas e fáticas condicionantes da similitude. As razões justificativas, em sentido jurídico, são as mesmas, tanto para relações de consumo quanto para relações não de consumo, porque, no fundo, ao infringir as disposições dos capítulos V e VI do CDC e, especialmente no tocante ao nosso tema, atingindo os dispositivos relativos às cláusulas abusivas (art. 51 a 53), ferem-se os princípios gerais que não são exclusivos dos contratos de consumo. No sentido fático, a “*nota decisiva*” de similitude, para a conclusão de um juízo parecido com o que rege a analogia, seria a especial situação de vulnerabilidade das pessoas ou entidades sujeitas às práticas do art. 29 e interessadas na equiparação. Nessas condições, essas normas do Direito do Consumidor serão suscetíveis de extensão analógica para o âmbito do Direito das Obrigações e para o Direito Empresarial, devido à similitude de situações, em harmonia com o princípio segundo o qual casos semelhantes devem ter tratamento semelhante [cf. supra 3.3.2].

⁶⁶¹ O art. 29 do CDC tem a peculiaridade de mandar a sua própria aplicação para o intérprete que se deparar com relações em que uma parte seja “*consumidor-equiparado*”, em situações similares às do consumo.

⁶⁶² NORONHA, 2002, p. 61.

⁶⁶³ NORONHA, 2002, p. 165.

a) A vulnerabilidade como condição de similitude

A análise da condição de vulnerabilidade dos não destinatários finais, além de demonstrar a similitude de situações com os consumidores, também surge como elemento acessório para que, entre os ramos do Direito Privado ligados substantivamente, mas com autonomia de aplicação do Direito dentro do seu âmbito material, possa-se respeitar melhor as peculiaridades e diretrizes básicas fixadas pelo legislador.

A prova da vulnerabilidade torna inegável a possibilidade de utilização da proteção do CDC contra cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais. E nesses casos, em princípio, tanto quando se trate de pessoas jurídicas, quanto de pessoas físicas, será conveniente verificar essa condição, porque se não há relação de consumo não há presunção de vulnerabilidade. Diz-se, porém, “em princípio”, pois esse requisito poderá ser atenuado quando, mesmo não caracterizada a relação de consumo, ainda se possa identificar um “destinatário final”, porque, como se sabe, nessa qualidade o Código presume a situação de vulnerabilidade⁶⁶⁴.

Ademais, será importante nessa apreciação que o juiz faça o reconhecimento das transações e contextos nos quais as relações contratuais se estabelecem. Cabe pautar-se pelas análises das formas de funcionamento concreto do mercado e suas instituições. Com esse monitoramento, estará atento para a questão da justiça distributiva, visando evitar “inversões que favorecem os setores da classe média, em prejuízo dos grupos economicamente mais fracos e vulneráveis”, como refere Ronaldo Porto Macedo Júnior⁶⁶⁵.

Além da prova da situação de desequilíbrio, por não haver presunção de vulnerabilidade (art. 4º I, do CDC) a quem não é “destinatário final”, para que haja a devida congruência jurídica entre os âmbitos das relações privadas, a parte interessada também não se beneficia, em princípio, da inversão do ônus da prova do art. 6, VIII e art. 38, do CDC. O benefício da inversão do ônus da prova é instituto reservado aos

⁶⁶⁴ Alberto Amaral Júnior, analisando o art. 29, assinala que, “a pessoa jurídica que pretenda ser considerada consumidora por equiparação deve provar encontrar-se em situação de vulnerabilidade. Essa prova, dispensável quando se tratar de pessoas físicas, é requerida para as pessoas jurídicas” (AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 40). Do mesmo modo, Cláudia Lima Marques destaca que “a vulnerabilidade do art. 4º, I, do CDC é característica máxima desses ‘expostos’ às práticas abusivas e aos contratos de adesão; logo, excluídas estariam, em princípio, dessa equiparação as pessoas jurídicas profissionais, não porque não destinatárias finais, mas porque não vulneráveis in concreto. A prova da vulnerabilidade caberia ao profissional que argüísse a equiparação, estendida a todas as pessoas físicas pelos arts. 29 e 4º, I, do CDC. A vulnerabilidade das pessoas físicas, poupadores, parece-nos já estar presumida no sistema do art. 29 do CDC” (MARQUES, 1999, p. 137-138). Cumpre lembrar que, pelo menos em hipótese, pode haver um conflito, em relações contratuais não de consumo, entre sujeitos singulares, em que a parte mais forte poderá ir a juízo procurar os benefícios do CDC. Por isso, será importante pelo menos a demonstração de que é a parte aderente do contrato.

⁶⁶⁵ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 299.

hipossuficientes, e restrito até mesmo nas relações de consumo⁶⁶⁶, sendo que, nesse aspecto, o CDC não contempla relações contratuais que não sejam de consumo⁶⁶⁷. Aqui também se frisa “em princípio”, porque, também nesse ponto, poder-se-ia atenuar a regra; por exemplo, quando ainda se possa caracterizar um consumidor fora de relações de consumo. Tudo isso demonstra que não se confunde a totalidade da proteção dos destinatários finais com as especificações do artigo 29.

Em geral, a doutrina que designa um papel extensivo da tutela do CDC, com base no art. 29, também atribui importância fundamental ao reconhecimento da vulnerabilidade para a constituição desse juízo ampliativo. Como aponta Cláudia Lima Marques, “o art. 29 agora valorizado renova o sistema, legitimando a atuação de novos agentes econômicos em virtude do dado comum de vulnerabilidade, verdadeiro *status* análogo ao de consumidor”⁶⁶⁸.

Não é outra a conclusão de Adalberto Pasqualotto. Mesmo desferindo críticas aos que ele caracterizou de “maximalistas”, o autor admite que “o art. 29 é um permissivo de aplicação analógica do CDC a relações extraconsumo, nas quais, todavia, esteja presente a vulnerabilidade. Sendo o CDC lei especial das relações de consumo, é possível sua aplicação em relações jurídicas outras que apresentem a mesma nota típica da vulnerabilidade e que não disponham de disciplina particular”⁶⁶⁹.

Edílson Pereira Nobre Júnior, além de destacar alguns contratos em que existe a possibilidade de extensão da tutela do CDC, também aponta para a verificação da vulnerabilidade como critério para designar a proteção ao contratante fraco fora das relações de consumo. Com relação à locação não-residencial, assevera: “também não afasto, de pronto, a possível incidência do CDC, ora nas situações em que o locatário, apesar de comerciante ou profissional, apresenta-se vulnerável, ora quando se cuidar dos dispositivos veiculadores da obrigação geral de boa-fé, do não-enriquecimento ilícito e da modificabilidade das condições do pacto”⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Guilherme Fernandes leciona que “o princípio da vulnerabilidade do consumidor não pode, v.g., ser invocado pelo Citibank em desfavor de uma microempresa que lhe prestara algum serviço, a fim de colimar a inversão do ônus probatório (art. 6º, VIII), em razão da hipossuficiência” (FERNANDES NETO, 1999, p. 66).

⁶⁶⁷ Como ensina Paulo Heerd, “de observar, porém, que a inversão do ônus da prova somente poderá ser feita quando, como aderente, figurar consumidor em sentido restrito (art. 2º) e não quando se tratar de consumidor em sentido lato (art. 29), pois que a possibilidade de inversão do ônus da prova se encontra prevista no cap. II do Código” (HEERDT, 1993, p. 93).

⁶⁶⁸ MARQUES, 1998, p. 159. Do mesmo modo, Newton De Lucca, após examinar o pensamento da Professora Cláudia Lima Marques, avalia: “Parece-me, portanto, que não terei sido o único minimalista a convencer-se de que, mesmo em determinadas relações de natureza tipicamente empresarial — vale dizer, naquelas em que se aplicaria, em princípio, a legislação comercial e não a consumerista —, desde que um dos empresários se revele indubitavelmente *vulnerável* na relação jurídica com o outro, poderá ele ser considerado um *consumidor por equiparação*, fazendo com que a relação jurídica empresarial se transforme numa relação jurídica de consumo” (DE LUCCA, 2003, p. 273).

⁶⁶⁹ PASQUALOTTO, 2002, p.100.

⁶⁷⁰ NOBRE JÚNIOR, 1998, p. 74.

Nobre Júnior destaca também a possibilidade de discutir o enquadramento do contrato de transporte no âmbito do CDC, realizando distinção entre a transladação de pessoas e a de coisas. Segundo o autor: “No primeiro caso, sem maiores controvérsias, forçosa sua vinculação como relação de consumo. No transporte de cargas, a aplicabilidade do CDC se reserva às hipóteses de uso privativo pelo proprietário do bem ou, quando envolver o transporte de bens para revenda, de comprovação da vulnerabilidade”⁶⁷¹.

b) A presença do contrato padronizado e de adesão reforça a condição de similitude

Outro elemento importante a ser utilizado na verificação das possibilidades de extensão da tutela do CDC para relações que não sejam de consumo, por similitude de condições com as dos consumidores, é a presença ou não do *contrato padronizado e de adesão*. Como se sabe, são nesses contratos que mais se visualizam os aspectos relacionados à vulnerabilidade, podendo-se verificar que esse modo de contratação traz intrinsecamente alguma forma de vulnerabilidade, pela presença comum de imposições abusivas [cf. 2.2.4 e 2.3.1]. Com um pouco de receio, Lima Marques aponta: “Concorde-se ou não a decisão do legislador e sua interpretação pela jurisprudência, parece-nos certa a tendência, em se tratando de contratos unilateralmente redigidos, contratos de adesão, de expandir o campo de aplicação do CDC”⁶⁷².

Rumo ao encontro da similitude de situações com os consumidores, para a proteção do contratante mais fraco em relações civis e comerciais, afirma Fernando Noronha:

Ora, se a razão fundamental da tutela dos contratos de consumo for a padronização imposta pelos empresários, o regime instituído no Código de Defesa do Consumidor para as cláusulas abusivas poderá ser estendido a esses outros contratos, de fornecimento ou mesmo interempresariais, desde que tenham sido celebrados sob a forma padronizada e de adesão⁶⁷³.

Com segurança Gustavo Tepedino também assevera que o “contrato de adesão” encerra “os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas”⁶⁷⁴. Daí compreende o “contrato de adesão” como uma referência para a expansão do campo de

⁶⁷¹ NOBRE JÚNIOR, 1998, p. 75.

⁶⁷² MARQUES, 1998, p. 159-160.

⁶⁷³ NORONHA, 2002, p. 66.

⁶⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215, p. 213. Segundo o autor, o CDC possui uma “vocação expansionista” para influenciar o âmbito do Direito Civil em geral, porque expressa em seus princípios os valores constitucionais (1999, p. 203). Daí que, “será possível tranqüilamente a aplica o do Código de Defesa do Consumidor, mesmo

aplicação do CDC, defendendo a sua utilização em contratos de adesão, ainda que não se configure uma relação de consumo.

No mesmo sentido, Teresa Negreiros salienta: “A disparidade de poder negocial entre o aderente e o predisponente é, como vimos, um componente decisivo na caracterização do contrato de adesão, a justificar que essa categoria seja estabelecida como ponto de referência de um regime cogente de proteção da parte fraca, aqui identificada como aderente”⁶⁷⁵. Desse modo, após o reconhecimento da desigualdade entre contratantes no contrato padronizado e de adesão, identifica-se também uma atração, ao seu redor, de princípios “constitutivos de um regime próprio voltado para a proteção do aderente”⁶⁷⁶, de tal maneira que, mesmo quando não constitua relação de consumo, pela identidade da *ratio*, o contrato de adesão suscita a aplicação do CDC.

Conforme esclarece Negreiros, “a identificação de uma dada relação contratual como contrato de adesão, no entanto, além de destacar um certo modo de formação dessa espécie de contrato, implica dar a esse último um tratamento diferenciado”. Não importa que seja contrato de consumo, “o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável”⁶⁷⁷.

Antônio Carlos Efing sugere o entendimento de que “a norma do art. 29 da Lei 8.078/90 incide nas relações bancárias de consumo, pelo fato de que quase a totalidade dos contratos bancários são de adesão (art. 54 do CDC), contendo cláusulas abusivas (art. 51 do CDC). Assim, a mera exposição da pessoa física ou jurídica ao contrato de adesão já estabelece a equiparação ao consumidor destinatário final (art. 29 do CDC)”⁶⁷⁸.

Alinne Arquette Leite Novais também evidencia que, à luz do art. 29 do CDC, quando uma pessoa, física ou jurídica, destinatária final ou não de um produto ou serviço, se submete a um “contrato de adesão”, merece a tutela da lei especial em relação às regras dos Capítulos V e VI⁶⁷⁹. Daí haver averbado que “sua vulnerabilidade, como aderente que é, sem oportunidade de discutir as cláusulas contratuais em igualdades de condições com o fornecedor, é presumida”⁶⁸⁰. E, pelo menos quando não se trata de contrato entre duas macroempresas, parece adequado esse entendimento.

Nesse sentido, a própria presença do contrato padronizado e de adesão configura-se num *elemento objetivo* de presunção da situação de vulnerabilidade. Caberá ao predisponente desconstituir tal indício de prova

em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor” (TEPEDINO, 1999, p. 211-212).

⁶⁷⁵ NEGREIROS, 2002, p. 273.

⁶⁷⁶ NEGREIROS, 2002, p. 373.

⁶⁷⁷ NEGREIROS, 2002, p. 375.

⁶⁷⁸ EFING, 1999, p. 56.

⁶⁷⁹ Cf. NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001a., p. 152 et seq.

em favor do aderente. Esse é o reconhecimento de que, por não ter existido a participação na formação do regulamento contratual e pela falta de previsão das cláusulas contratuais gerais a que adere, resulta objetivamente a desigualdade ou inferioridade do aderente⁶⁸¹.

Nessa linha de raciocínio, como explica Paulo Heerdt, “também protegido das cláusulas abusivas está o empresário sempre que tenha de contratar, na condição de aderente às cláusulas gerais”. Ou seja, “também a empresa que contrata financiamento bancário, seguro, transportes, consórcio, *leasing*, ou qualquer outro tipo de produtos ou serviços, tem a proteção legal no que diz com as cláusulas abusivas e condições gerais”⁶⁸².

Nos contratos padronizados e de adesão não pode haver presunção de equilíbrio de forças negociais, porque efetivamente não existe igualdade de oportunidades, falta justiça procedimental na constituição do contrato e, como consequência, também não pode haver presunção de justiça substancial⁶⁸³. Por isso, o Judiciário está muito correto quando profere decisões no sentido de consagrar a contratação padronizada e de adesão como elemento de similitude à condição dos consumidores, para permitir a aplicação das normas dos capítulos V e VI do CDC fora das relações de consumo, especialmente para o controle das cláusulas abusivas⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ NOVAIS, 2001 a, p. 164.

⁶⁸¹ Cf. NETO LÔBO, 1991, p. 64-65. Nessa esteira, concluiu Cristiano Chaves de Farias: “Assim, partindo de uma interpretação maximalista do Código de Defesa do Consumidor, notadamente de seu art. 29, pode-se afirmar que em todo contrato de adesão se tem presente a vulnerabilidade de uma das partes, motor de impulsão da aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, com vistas a garantir o equilíbrio da relação. Daí, então, ser lícito afirmar que em todo contrato de adesão é possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor)*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 797, p. 43-59, mar. 2002, p. 52).

⁶⁸² HEERDT, 1993, p. 89-90. Nessa mesma linha, no caso específico dos contratos de *franchising*, Luiz Edmundo Bojunga verifica que esses contratos são de adesão e salienta: “a proteção ao aderente poderá ocorrer pela revisão judicial, autorizado o magistrado a anular ou mesmo substituir a cláusula tida como lesiva, sempre com muito cuidado conforme advertido.” (BOJUNGA, 1990, p. 65-66).

⁶⁸³ Cf. NORONHA, 1991, p. 252 et seq.

⁶⁸⁴ Na jurisprudência encontram-se muitas decisões que consideram irrelevante, para a incidência das normas dos Capítulos V e VI do CDC, a destinação final do serviço ou produto fornecidos, bastando a vulnerabilidade decorrente da contratação padronizada e de adesão. Por exemplo, nas relações com os bancos, “especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de *contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário*” (grifou-se) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 57.974-0 RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Em outro julgado, em contrato bancário de crédito rotativo com empresa, por ser contrato de adesão e a taxa de juros não ser previamente estipulada, decidiu-se pela aplicabilidade dos arts. 29 e 51, X e XIII, do CDC - Código de Defesa do Consumidor, para fins dos capítulos V e VI da Lei 8.078/90 – Exegese do art. 52 do CDC. No acórdão afirma-se: “ainda que não incidam todas as normas do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre bancos e empresas, em contratos de crédito rotativo, aplicam-se os Capítulos V e VI por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor, possibilitando ao Judiciário o controle das *cláusulas contratuais abusivas, impostas em contratos de adesão*” (grifou-se) (BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 192188076, 2ª CC, Rel. Paulo Heerdt, j. 24.09.1992. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 274-277, abr./jun. 1993. p. 274; cf. também MARINS DE SOUZA, 1996, p. 101; MARQUES, 1998, p. 158; AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 40). Nesse sentido, ainda sem ancorar-se no art. 29, a decisão em contrato de *leasing* no qual faziam parte uma empresa de equipamentos e outra de arrendamento mercantil, o mesmo tribunal já havia anulado cláusula de índice de correção das prestações, por tratar-se de “contrato de adesão” como condição de similitude aos contratos de consumo: “Há muito vêm os Tribunais rejeitando validade a cláusulas

c) A desigualdade de poder negocial como suporte da análise da vulnerabilidade

Se a “padronização” revela objetivamente a vulnerabilidade, a “adesão” carrega aspectos subjetivos, relacionados à *desigualdade de poder negocial*. Caracterizar a desigualdade de poder negocial também é elemento importante para demonstrar as condições de similitude, pois é a inexistência da igualdade de poder de barganha ou poder negocial que, em geral, não permite um entendimento intersubjetivo com a contraparte estipulante. Na verdade, a própria proteção dos consumidores contra cláusulas abusivas possui, como pano de fundo, razões ligadas ao reconhecimento da desigualdade de poder negocial⁶⁸⁵, porque as diversas espécies de vulnerabilidade (socioeconômica, técnica, jurídica, etc.) afetam, num maior ou menor grau, o poder negocial da parte mais fraca.

Por exemplo, numa dimensão diferente da incapacidade intelectual, se fala na vulnerabilidade técnica, relativa à falta de conhecimentos dos consumidores sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, as suas utilidades, os meios por que são produzidos, etc.⁶⁸⁶. Se o consumidor não conhece, será mais facilmente enganado quanto às características dos produtos ou serviços; então, uma de suas resultantes será justamente a redução do poder de barganha. Nesse aspecto, ao reconhecer a vulnerabilidade técnica, o que se tem em vista é uma das facetas por onde escoo o poder negocial. Admite-se, portanto, que se o contratante não é detentor de conhecimentos adequados a respeito daquilo que está negociando, já está, em princípio, em desvantagem para

abusivas, especialmente em contratos de adesão, como o que se discute. Atualmente, com maior razão, quando a Lei nº. 8.078/90, em seu art. 51, expressamente inquina de nulidade a cláusula que atribua excessiva vantagem a uma parte” (Cf. BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 191031798, 2ª Câm. Cível, Rel. Paulo Heerd, j. 09.05.1991. In: *Revista Julgados do TARGS*, Porto Alegre, n. 78, p. 284-287, jun. 1991. p. 287).

⁶⁸⁵ Segundo Ronaldo Porto Macedo, “a imoralidade no tratamento do consumidor como parte que detém poder de barganha igual ao fornecedor é o fundamento moral que justifica tratamentos desiguais tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio contratual” (MACEDO JUNIOR, 1998, p. 213). Como se encontra, em diversos graus, a mesma desigualdade de poder negocial fora das relações de consumo, emerge daí o fundamento moral que justifica tratamentos desiguais e discriminações positivas, levando em consideração “o caráter de mérito e *status* das partes envolvidas”. Há hipóteses de pessoas físicas altamente dependentes da pessoa jurídica, que são proprietárias. Talvez por isso a questão seja bastante complexa. Nesse caso, ao proteger uma pessoa jurídica, está-se também assegurando direitos a pessoas físicas. Presumir que entre pessoas jurídicas a vulnerabilidade é menor do que quando em relações com pessoas físicas nem sempre é correto. Assim, até que ponto será admissível a restrição de indenização e a desoneração da macroempresa art. 51, I, *in fine*, do CDC?

⁶⁸⁶ Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes, a vulnerabilidade técnica configura-se por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias. Assim, assinala: “A vulnerabilidade técnica, acontece então quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, o que o torna presa fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve acreditar na boa-fé com que o fornecedor ‘deve estar agindo’” (MORAES, P., 2001, p. 116).

barganhar em condições de equilíbrio. O mesmo ocorre em relação às outras facetas da vulnerabilidade; a socioeconômica, por exemplo, implica relação direta com o poder negocial do contratante.

Decorre dessas considerações que a percepção da vulnerabilidade, em qualquer de suas espécies, na prática contratual, auxilia a constatação de um problema fundamental entre as partes, que é a desigualdade de poder negocial. Desse modo, está subjacente ao reconhecimento da vulnerabilidade a necessidade de contenção dos problemas que ela causa ao poder negocial da parte fraca. Por outro lado, se as diversas formas de manifestação da vulnerabilidade constituem a razão de ser da proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas, olhando mais além, no horizonte das relações contratuais civis e comerciais, também se observa uma ou outra dessas facetas da vulnerabilidade das partes mais fracas. Daqui aflora a necessidade de universalização de um critério de admissibilidade do exame das cláusulas contratuais e da prestação jurisdicional: *a desigualdade de poder negocial*.

Tal critério não é nenhuma novidade⁶⁸⁷, no direito comparado, o *common law* também admite a liberdade contratual, mas vigia para ver se o contrato não é abusado, como ensina Wanddams⁶⁸⁸. De maior significância não são os casos em que existe alguma fraqueza do intelecto, mas simplesmente uma indevida vantagem tomada da desigualdade de poder de barganha⁶⁸⁹. As cortes reconhecem como “o critério do recurso um ganho imoderado ou uma indevida vantagem tomada da desigualdade de poder negocial”⁶⁹⁰. Nesse caso, o pano de fundo para a admissibilidade do exame das cláusulas desequilibradas é a desigualdade de poder negocial.

Em suma, fora do âmbito das relações de consumo, para a correta aplicação analógica do CDC com respeito ao princípio básico do art. 4º, I, será relevante avaliar a vulnerabilidade (econômica, técnica, jurídica,

⁶⁸⁷ Georges Ripert, em que pese ter destacado que “a desigualdade dos contratantes não pode ser suspeita em si, pois essa desigualdade é fatal e existe em todos os contratos” (RIPERT, 2002, p. 115), adiante asseverou: “A lesão devia igualmente ser admitida nas convenções em que existe entre as partes um desequilíbrio de força de tal maneira evidente que a desproporção das prestações baste para revelar a exploração [...]. Essa diferença de força provém, muitas vezes, da diferença de conhecimentos técnicos; assim o proprietário e o seu arquiteto, o autor e o seu editor não estão em igualdade visto que um pode compreender o valor da prestação e o outro não” (RIPERT, 2002, p. 136).

⁶⁸⁸ Na epígrafe do artigo de Wanddams: “*There is the vigilance of the common law which, while allowing freedom of contract, wathes to see that it is not abused*”. (WANDDAMS, S.M. *Unconscionability in contracts. The modern law review*. London: *The modern law review limited*, vol. 39, nº. 4, p. 369-393, jul. 1976. p. 369).

⁶⁸⁹ Nas palavras do autor: “*Of more general significance are the cases in which there was no weakness of intellect, but simply an undue advantage taken of inequality of bargaining power*” (WANDDAMS, 1976, p.385).

⁶⁹⁰ S. M. Wanddams, após a análise de vários casos análogos de recursos de revisão contratual, verificou o seguinte: “*These cases, adopting a comment by a Canadian writer, lay down as the criterion of relief an immoderate gain or undue advantage taken of inequality of bargaining power*”. Adiante o autor menciona a conclusão de Lord Denning sobre vários casos: “*Gathering all together, I would suggest that through all these instances there runs a single thread. They rest on inequality of bargaining power*” (WANDDAMS, 1976, p. 386-387). Em tradução livre lê-se: “Concentrando todos juntos, eu diria que através de todos esses exemplos aí apresentados perpassa uma única linha. Eles repousam na desigualdade de poder negocial”.

etc.). A constatação desta pode revelar-se, objetivamente, na contratação padronizada e de adesão e, subjetivamente, na desigualdade de poder negocial dos contratantes⁶⁹¹. São situações comuns e características das relações contratuais civis e interempresariais. Isso facilita a ampliação do regime protetivo do CDC, porque não haverá dificuldades para as pessoas lesadas provarem em juízo a similitude de situações com os consumidores e exigirem a aplicação analógica da proteção contra cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais.

3.4.5 Distinção exemplificativa para a aplicação analógica do CDC por via do art. 29

Com base nas condições de similitude com as relações de consumo, Fernando Noronha assinala que a aplicação analógica consentida pelo art. 29 se justifica basicamente em duas situações diversas: “casos em que do lado mais fraco ainda temos um consumidor e casos em que não existe um consumidor, mas onde temos manifesta disparidade de poder de negociação entre as partes, associada a contratos padronizados e de adesão”⁶⁹². Seguindo essa distinção, os critérios para a aplicação do regime de revisão contratual e das cláusulas abusivas, fora das relações de consumo, podem assumir os seguintes contornos:

a) *Contratos não de consumo celebrados com consumidores*: Nessa situação é patente a similitude com a condição do consumidor padrão previsto no CDC. Cabem casos como os de locação de imóveis residenciais, quando essa não chegue a configurar uma relação de consumo (como acontece nos casos em que o locador não puder ser qualificado como fornecedor). São hipóteses em que, do lado mais fraco, ainda temos um consumidor, sendo assim possível, nesses contratos, invocar a aplicação analógica dos capítulos V e VI, com

⁶⁹¹ A vulnerabilidade é consequência de vários fatores, a que Paulo Valério Dal Pai Morais se referiu, ao tratar dos consumidores, e que são as formas de tornar o aderente vulnerável, no contrato padronizado e de adesão: a) tecnicismo (inúmeras disposições escritas em linguagem técnica); b) a complexidade e a extensão contratual; c) predisposição (conteúdo escolhido unilateralmente); d) generalidade dos contratos (não se pode incluir ou excluir cláusula); e) consideração do estado de necessidade (escassez de recursos e abundância de necessidades sob influência externas); f) dimensão dos caracteres dos contratos (letras minúsculas, espaço mínimo entre as palavras); g) técnica da exclusão de oferecimentos inicialmente prometidos nas primeiras cláusulas; h) técnica da remissão feita a documentos arquivados em cartórios de títulos e documentos; i) técnica da utilização de conceitos vagos e indeterminados; j) contrato em regime de monopólio (monopólios fáticos que determinam a falta de opções diferentes); k) variados e inéditos fornecimentos de produtos e serviços; l) contratos feitos fora do estabelecimento comercial; m) contratos “cativos de longa duração”; n) cláusulas abusivas (MORAES, P., 2001, 226-244).

⁶⁹² NORONHA, 2002, p. 165.

base no art. 29, pela semelhança das situações. Assim, a solução impor-se-ia, mesmo que não existisse o art. 29⁶⁹³.

b) *Contratos não de consumo celebrados com equiparados a consumidores*: Nas situações em que não se olhará à “destinação final” que caracteriza o consumidor, como já foi visto, seria considerado equiparado a consumidor, para fins de aproveitar do disposto no art. 29, o contratante que atender à situação de vulnerabilidade. Esses casos dependem da demonstração de uma similitude de situação com os consumidores, nos termos que regem a analogia. Exemplos típicos dessa situação são as relações entre a indústria tabagista e o produtor de fumo; as relações entre pequenos comerciantes e os bancos; e até as relações entre os mesmos bancos e comuns cidadãos, naqueles atos que não podem ser considerados de consumo (como é o caso das aplicações financeiras e dos depósitos a prazo, em que a pessoa “fornece” ao banco o capital que ele depois vai usar)⁶⁹⁴.

c) *Contratos padronizados e de adesão celebrados com não equiparados a consumidores*: Nessa situação estão os casos em que temos contratos entre duas empresas (isto é contratos tipicamente interempresariais) e alguns unilateralmente empresariais (como os de fornecimento, na hipótese de o fornecedor não exercer atividade empresarial). A eventual disparidade de poder entre os contratantes, por um lado, e a contratação sob a forma padronizada, por outro, devem ser consideradas conjuntamente. A propósito do princípio da justiça contratual, a inexistência de igualdade no processo de contratação faz cair a presunção de justiça formal (isto é, de equilíbrio entre direitos e deveres de uma e outra parte), permitindo, por conseguinte, que se questione a existência de justiça substancial.

Para a decretação de nulidade a parte interessada terá que comprovar ou demonstrar, além da não equivalência entre direitos e obrigações, também que não houve negociação sobre o conteúdo do contrato, ou seja, que o contrato é padronizado e de adesão e que há disparidade de poder negocial entre as partes, ou o aproveitamento da situação de inferioridade. Porém sem invocar normas do CDC. Sem poder beneficiar-se da presunção de vulnerabilidade que é reconhecida ao consumidor no art. 4º, I, do Código, nem da facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, conforme art. 6º, VIII⁶⁹⁵.

d) *Contratos não padronizados e de adesão celebrados com não equiparados a consumidores*: Nesses casos é presumível que estejam celebrados conforme a justiça formal e substancial; presume-se que há equilíbrio, pois as partes são quem teriam melhor capacidade para avaliar a formação do contrato. Assim,

⁶⁹³ Cf. NORONHA, 2002, p. 165 e 349.

⁶⁹⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 165 e 350.

⁶⁹⁵ Cf. NORONHA, 2002, p. 166 e 350-352.

qualquer questionamento seria possível apenas em contratos iníquos (lesão ou estado de perigo) ou superveniente quebra da equivalência entre prestação e contraprestação. Aqui o princípio da autonomia da vontade tem maior peso, em comparação com os contratos anteriores⁶⁹⁶.

Com essa diferenciação no tratamento das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, procura-se levar em conta o problema da colisão de princípios, tomando em consideração as circunstâncias, estabelecendo uma relação de “precedência condicionada” onde cada princípio é cotejado de acordo com o peso que lhe é próprio na situação em causa⁶⁹⁷. De outra parte, se tem em vista que, dentro de cada uma dessas linhas de caracterização, está envolvida uma série de graus diferenciados de desigualdade de poder negocial, de acordo com a variedade de níveis de vulnerabilidade das partes. Essa categorização não busca a unidade e o formalismo do Direito Contratual clássico. As características das partes contratantes, antes inteiramente desconsideradas, agora, na concepção social do contrato, são levadas em consideração e ganham relevância jurídica⁶⁹⁸.

3.4.6 A jurisprudência sobre a incidência do CDC fora das relações de consumo

As decisões dos tribunais espelham muito bem a realidade da doutrina. Alguns julgados não fazem qualquer consideração ao CDC, outras decisões retratam o dissenso doutrinário — a começar pela própria caracterização do consumidor — há aquelas que seguem a concepção finalista, outras a maximalista e, por fim, algumas adotam uma concepção mista. Nesse passo, assumiu grande importância a aplicação do CDC fora das relações de consumo, por meio do seu art. 29.

a) Julgados sem apoio no CDC

⁶⁹⁶ Cf. NORONHA, 2002, p. 166 e 352-353.

⁶⁹⁷ Cf. ALEXY, 1993, p. 90-91.

⁶⁹⁸ Uma outra perspectiva de classificação dos contratos é feita por Teresa Negreiros. Fundamentada no chamado “paradigma da essencialidade”, a autora sugere “a inovação no sistema de diferenciação dos contratos, por meio

Em primeiro lugar é preciso lembrar que, assim como ocorre em parte da doutrina, também muitos julgados negligenciam qualquer aplicação do CDC e dos princípios e, inclusive dentro das próprias relações de consumo, não permitem a revisão contratual e a declaração de nulidade de cláusulas abusivas. Esses são os resquícios, ainda muito fortes, da teoria clássica dos contratos, que se fazem presentes com frequência nas decisões judiciais. Para citar um exemplo, em ação ajuizada por adquirente de imóvel mediante “instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças” contra instituição financeira que lhe concedeu o empréstimo, visando invalidar cláusula abusiva de reajuste das prestações, o Tribunal de Alçada Cível de São Paulo decidiu:

O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de liberação por ato seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes⁶⁹⁹.

Ainda, preliminarmente, vale destacar que outros julgados, muito tempo antes da entrada em vigor do CDC, pelo simples reconhecimento do contrato padronizado e de adesão admitiam a revisão contratual e a nulificação de cláusulas abusivas. Algumas vezes isso era feito com apelo à figura da cláusula leonina, da lesão, ou do enriquecimento sem causa; outras vezes, com base em análises aprofundadas da eficácia das cláusulas predispostas, à luz do direito material⁷⁰⁰. Um julgado que exemplifica essa última linha pode ser visto num acórdão proferido, em maio de 1985, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relator Galeno Lacerda, reputando ineficaz a eleição de um foro, na prática de difícil acesso ao aderente⁷⁰¹.

da classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos”. Nesse caso, a distinção dos contratos é feita em razão do grau de imprescindibilidade do bem contratado (cf. NEGREIROS, 2002, p. 29).

⁶⁹⁹ BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Apelação Cível 591.696-7, 2ª Câm. Esp., Rel. Juiz Alberto Tedesco, 04.01.1995; cf. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 714, p. 163-165, abr. 1995. p. 164.

⁷⁰⁰ Cf. LÔBO, 1991, p. 182-183, 1994, p. 46.

⁷⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 585013600, Ac. da 3ª Câm. Cív., Rel. Des. Galeno Lacerda, j. 30.05.1985. Diz a ementa: “Contrato de seguro. Ineficácia do foro imposto em contrato de adesão, a benefício da seguradora onipotente, em detrimento do segurado. A beneficiária, parte mais fraca, pode valer-se das regras gerais de competência, aforando a demanda no lugar onde o contrato foi celebrado por intermédio de agente da ré. Exceção de incompetência rejeitada” (ASSIS, Araken. Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão (jurisprudência comentada). *Ajuris*, Porto Alegre, n. 48, p. 219-233, mar. 1990. p. 219). Outro julgado nesse sentido, já antes do CDC, enfatizou: “A obrigatoriedade dos contratos tem por um de seus pressupostos a existência de relativo equilíbrio entre as partes, com liberdade para decidir sobre a sua celebração e força para determinar o conteúdo das cláusulas avençadas. Ora, a sociedade moderna gerou inúmeras situações em que o contrato não se celebra e menos se define num âmbito de plena liberdade, como de ordinário pressupunha a clássica doutrina da autonomia da vontade. [...] Enquanto a legislação brasileira não for modificada para acompanhar a atualidade dos negócios, cabe ao juiz exercer o controle da validade das cláusulas contratuais gerais”. Dessa forma, em um contrato de consórcio padronizado e de adesão, foi considerada abusiva

b) Julgados que adotam uma tendência objetivista (maximalista)

Alguns julgados aplicam o CDC em relações não de consumo simplesmente adotando um conceito amplíssimo de consumidor. Nesses casos, uma ampliação da proteção contra cláusulas abusivas, ainda que possa ser certa quando alcançar pessoas vulneráveis, geralmente tende a confundir o conceito de consumidor do art. 2º, incluindo nele pessoas que na verdade não são “destinatárias finais”. Esse raciocínio, quando levado às últimas conseqüências, dá a entender que toda a legislação consumerista seria aplicável fora das relações de consumo, o que não é correto, pois existe uma distinção entre a tutela dos “destinatários finais” designada no art. 2º, e a proteção alargada do art. 29. Disso decorre uma série de conseqüências e incompreensões como, por exemplo, estender-se o regime de responsabilidade pelo vício do produto. Ainda que haja muito espírito de justiça nessas decisões, não estão adequadas ao Código.

Essa tendência maximalista apresenta-se quando se decide, como fez o STJ: “O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do CDC, não desqualificando a relação de consumo o fato de o bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária”⁷⁰². Em contratos bancários, em geral a orientação do STJ não faz distinção entre consumidores-equiparados e consumidores destinatários finais. Assim: “As instituições bancárias são regidas pela disciplina do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a revisão dos contratos sob a sua ótica”⁷⁰³. “O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável sobre todos os contratos de financiamento bancário firmados entre as instituições financeiras e seus clientes”⁷⁰⁴. Em contrato de crédito comercial: “Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor”⁷⁰⁵.

a cláusula que previa a devolução sem correção (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 589055680, 5ª Câm. Cív., Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19.09.1989; cf. *Revista de Jurisprudência do TJRS*, Porto Alegre, n. 146, p. 309-313, jun. 1991, p. 309 et seq.).

⁷⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 357.358-PR, Min. Nancy Andrighi, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Diário do Judiciário-MG, 14.08.2001; cf. LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 62.

⁷⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 341.672-RS, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 05.02.2002; cf. PASQUALOTTO, 2002, p. 102.

⁷⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 334.175-RS, 4ª T. Rel. Min. César Asfor Rocha, 27.11.2001; cf. PASQUALOTTO, 2001, p. 102.

⁷⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 175.795- RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, In: <www. stj.gov.br> *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, consulta dia 22.07.2003.

Em acórdãos relativos a aquisição de bens por produtores agrícolas, como num caso de compra de um veículo *jeep* para atividade no campo por uma sociedade agrícola⁷⁰⁶, e noutro de compra de adubo para a lavoura de arroz⁷⁰⁷, o STJ também os caracterizou como relações de consumo. Nesses casos, por um lado, afastaram-se os prazos decadenciais do Código Comercial de 1850 (de 10 dias, art. 211) e do Código Civil de 1916 (de 15 dias, art. 178, §2º), para vícios redibitórios; e, por outro lado, decidiu-se pela aplicação do art. 18 do CDC para responsabilizar não só o vendedor como também o fabricante.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estende o regime de responsabilidade civil pelo vício do produto, favorecendo o comerciante (sorveteiro) perante o industrial: “Consumidor. Contrato de compra e venda de máquina derretedeira e temperadeira de chocolate. Equipamento inadequado para a produção de alimentos. Defeito de fabricação. Responsabilidade civil do fabricante reconhecida, independentemente de mora ou culpa. [...] Inteligência dos arts. 12 e 18 do CDC”⁷⁰⁸. E, no mesmo sentido, utilizando-se do CDC, esse Tribunal decidiu que o fabricante deveria indenizar a empresa adquirente de uma piscina cujo sistema de aquecimento revelou-se ineficiente⁷⁰⁹. Nesse aspecto, essa tendência objetivista acaba perdendo o referencial do art. 29, que se limita aos capítulos V e VI do CDC. O decidir desse modo configura casos típicos de “criação judicial do Direito”.

A adoção daquelas decisões pode ser uma consequência de uma das tendências objetivistas. O fato de essa tendência objetivista, por adotar um conceito alargado de relação de consumo, às vezes se equivocar na fundamentação das decisões, não significa que tenha causado injustiças. Observem-se outros exemplos, que estariam facilmente albergadas pelo art. 29.

⁷⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 142042/RS, 4ª T., j. 11.11.1997, DJ 19-12-1997, cf. NORONHA, 2002, p. 150.

⁷⁰⁷ Assim decidiu o STJ: “A expressão ‘*destinatário final*’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 208793/MT, 3ª T., Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.11.99, DJ 01.06.2000; in <w.w.w.stj.gov.br> *Revista Eletrônica de Jurisprudência*, consulta dia 22.07. 2003; cf. também NORONHA, 2002, p. 150).

⁷⁰⁸ “Independentemente da mora na entrega do produto, ou de culpa, o fabricante responde, perante o adquirente, pelo defeito de máquina derretedeira e temperadeira de chocolate, provado que a bomba existente no equipamento está sujeita a risco de contaminação por lubrificantes, revelando-se inadequada para a produção de alimentos. Inteligência dos arts. 12 e 18 do CDC” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598.410.884, 9ª Câm. Civ.; no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 597.067.024; cf. PASQUALOTTO, 2002, p. 103). No mesmo sentido, uma Indústria e Comércio de Roupas Ltda. firmou contrato de compra e venda de duas máquinas de costura. Como as máquinas apresentaram vício, que não foram sanados pela vendedora em trinta dias, teve a resilição contratual em apelação com base no art. 18, parág. 1º do CDC. A aplicação se deu, mesmo sendo máquinas que seriam utilizadas na fabricação de roupas, atividade própria da indústria compradora, numa relação interempresarial. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Civil 134.886-7, da comarca de Juiz de Fora, 4ª Câm. Civ., Rel. Juiz Célio Paduani, j. 1-7-1992, cf. NUNES, 1997, p. 85; e na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 694, p.170).

Um julgado que serve de exemplo de aplicação da tese maximalista é o seguinte, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A pessoa jurídica que adquire máquina a ser utilizada em processo produtivo caracteriza-se como consumidor, frente à empresa que lhe vendeu o equipamento. Trata-se, no caso, de bem cujo destinatário final é a compradora”⁷¹⁰. Noutra caso, entre uma pessoa proprietária de revenda de automóveis e uma importadora e exportadora de automóveis, a cláusula atacada foi a de eleição de foro:

Compra e venda de automóvel de empresa dedicada ao comércio de automóveis constitui relação de consumo amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que o adquirente tenha por atividade a intermediação de veículos, de modo a determinar a competência do foro do autor nas ações de responsabilidade ajuizada pelo consumidor (art. 101, inc. I, CODECON). Decidiram provimento. Unânime⁷¹¹.

Apenas para exemplificar, observe-se a decisão do Tribunal de Alçada do Paraná em Cédula de Crédito Rural, que anula cláusula de capitalização de juros, índice de correção pela TR e comissão de permanência: “Os contratos bancários se submetem ao Código de Defesa do Consumidor porque sendo de consumo devem prestar obediência aos princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual, e suas normas podem ser aplicadas de ofício pelo juiz, eis que são de ordem pública”. Então, adiante decide: “É nula a cláusula que institui a comissão de permanência nos contratos de mútuo em geral, por infração dos arts. 115 do CC, e 51, X, do CDC”⁷¹².

No mesmo sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Contratos bancários de mútuo, entre os quais se inserem as cédulas ou notas de crédito, expressam verdadeiras relações de consumo, submetendo-se, assim, às regras do Código consumerista. Dessa forma, a multa contratual, ainda que estipulada em percentual diverso, impõem-se reduzida ao percentual máximo de 2%, como autorizado pela legislação protetiva⁷¹³.

Em contrato de locação, referente a imóvel locado para fins comerciais, o 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, sem referir-se ao art. 29, apoiou-se no CDC para declarar a nulidade de cláusula que previa a multa contratual pela permanência do inquilino após a notificação. Ementa oficial: “Considera-se abusiva, e por

⁷⁰⁹ Cf. PASQUALOTTO, 2002, p. 104; cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, n. 164, p. 170.

⁷¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento 599.397.494, 10ª Câm. Civ., Rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 12.08.1999; cf. PASQUALOTTO, 2002, p. 103.

⁷¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 596235317, 3ª Câm. Civ. Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, 10.04.1997; cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, n. 182, p. 231-234, jun. 1997. p. 231.

⁷¹² BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Paraná, Embargo de Instrumento 133.674-3/02, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Juiz Ruy Cunha Sobrinho, j. 1.3.2001. Na íntegra In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 357-369, jul./set. 2001.

⁷¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível 00.018624-4, 4ª Câm. Civ., j. 07.06.200, Rel. Des. Trindade Santos. Na íntegra in: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, p. 325-340, jan./mar. 2002.

isso nula, a cláusula contratual que estabelece multa a ser paga pelo locatário se não devolver o imóvel ao término do prazo do contrato”. No corpo do acórdão lê-se que “trata-se de cláusula abusiva, ‘leonina’, pela exagerada proteção ao locador, em contrato ao qual o inquilino não tem outro remédio senão simplesmente aderir. Presume-se exagerada, nos termos do art. 51, § 1º, inciso I e II, do CDC (Lei 8.078/90)”⁷¹⁴.

c) Julgados que adotam uma tendência subjetivista restritiva

Num sentido totalmente contrário à linha exposta acima, alguns julgados compreendem que o CDC não se aplica fora das relações de consumo. Seu âmbito está estritamente delimitado pelo conceito de destinatário final, conforme prevê o art. 2º. Até onde afasta a hipótese de que um insumo caracterize relação de consumo, está totalmente correta essa interpretação. O problema é que, ao entender que todas as partes do CDC protegem estritamente destinatários finais, também se veda qualquer observação criativa em torno do art. 29. Assim, não há qualquer pronunciamento sobre a aplicação analógica das matérias nele referidas.

Justamente por essa visão restritiva é que o STF, na decisão do caso *Teka versus Aiglon*, ainda que possa ter chegado ao resultado correto no seu julgamento e recebido elogios da doutrina⁷¹⁵, não parece ter fundamentado com total acerto alguns trechos da sua decisão homologatória. A empresa brasileira Teka argumentou em juízo que realizou “contrato de adesão”, tentando escusar-se, com base no CDC (art. 51, VII), do cumprimento de juízo arbitral que fora exarado no exterior em favor da Aiglon, exportadora irlandesa de algodão. No corpo da decisão lê-se: “o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd. nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado ao consumidor final, conforme prevê o art. 2º, que define o consumidor como toda ‘pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário*

⁷¹⁴ BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, Apelação Cível 423.793-00/7, 10ª Câm., Rel. juiz Euclides de Oliveira, j. 22.2.95. Na íntegra in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 725, p. 275-277, mar. 1996.

⁷¹⁵ Cf. MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p.221-240, out./dez. 2000.

*final*⁷¹⁶. Com todas as vênias dos ilustres ministros, é lastimável que a decisão tenha negligenciado e não apontado uma palavra em relação ao art. 29, após tão vasta discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria. Só por não ser caracterizada a relação de consumo como prevê o art. 2º, não é de todo descartável a aplicação do CDC, como dá a entender a decisão.

À luz do art. 29 do CDC, ainda vale indagar se não há possibilidade de uma empresa nacional realizar contrato e assinar cláusula abusiva em condições de vulnerabilidade diante de macroempresa estrangeira. Assim, aquela decisão não pode servir para afastar a aplicação analógica de preceito do CDC (art. 29 conjugado com art. 51, VII) nos demais contratos civis e empresariais padronizados e de adesão. Aliás, ao desqualificar aquele contrato como não sendo de adesão, o Supremo Tribunal parece ter deixado implícito que esses contratos somente podem ocorrer em relações contratuais onde não existam outras opções para o aderente escolher e não haja abertura para a discussão dos termos do contrato padronizado⁷¹⁷. Isso, porém, é um equívoco.

Tais características, que lembram o regime de monopólio, também podem estar na base dos contratos de adesão, mas não podem ser observadas sem mais. Todavia, se sabe que a simples “opção” de escolher com quem contratar e a “opção” de discutir os termos, por si só, não produzem efetivamente *acordo negociado*, quando houver *desigualdade de poder negocial*. Este é o fator decisivo da caracterização do contrato de adesão. De outra parte, a própria caracterização da vulnerabilidade caminha nesse campo movediço, em graus mais ou menos diversos, dependendo da desigualdade de poder negocial.

O STJ também apresenta certas decisões cuja ementa demonstra um fechamento para a exegese do art. 29. Para exemplificar, observe-se a decisão sobre cláusula de multa contratual firmada entre empresa de veículos, peças e serviços e instituição financeira: “Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como

⁷¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 253-263, abr./jun. 2000. p. 253.

⁷¹⁷ No corpo da decisão consta: “Ao compulsar-se o documento de fl. desponta claro que a empresa vendedora foi livremente escolhida pela Teka, nada obstante a existência de centenas de outros fornecedores de algodão no mercado internacional”. Mas, o mesmo se poderia dizer sobre as relações de consumo: são tantos os mercados fornecedores de bens de consumo e os consumidores podem escolher livremente com quem contratar! Ainda consta do julgado, após elencar várias cláusulas inseridas no contrato padronizado: “tudo isso sujeito a modificações, segundo entendimentos prévios” (*ibidem*, p. 259). Mas cabe indagar: seria esse um contrato com cláusulas gerais predispostas que não possuem aquelas características típicas (unilateralidade, uniformidade, rigidez, abstração, etc...)? Sujeitar as cláusulas à discussão, onde há desigualdade de poder negocial, serve muito bem para dar uma aparência de liberdade contratual. Lembra-se que até o art. 54, § 1º, do CDC ressalva que não desfigura a “natureza de adesão” a inclusão de cláusulas no formulário. Cabe estar alerta a que, não importa qual seja o tamanho da configuração jurídica da avença, pode haver submissão de uma parte a um contrato padronizado e de adesão. A questão da escolha do teto financeiro, além do qual se presume que a empresa dispõe de posição no mercado e por isso não merece o caso ser julgado por analogia, “revela mais uma decisão de

destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor”⁷¹⁸.

Nos tribunais é muito comum negar de plano a aplicação do CDC, sem a análise do art. 29, pelo simples fato de que não se caracteriza a relação de consumo. Só para exemplificar, em apelação em que pequena empresa procurava a declaração de nulidade de cláusulas contratuais do contrato firmado com instituição financeira, o acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada de São Paulo assinala, na ementa da redação:

Os serviços relativos às atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias, alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor são, *exclusivamente*, os serviços vinculados ao fornecimento de bens e serviços no *mercado de consumo*, não se estendendo aos outros segmentos do processo econômico onde essas atividades são desenvolvidas (grifou-se)⁷¹⁹.

A defesa de uma aplicação do CDC realmente parece mais complexa em casos que há regulação específica como o que, após a entrada em vigor do novo Código Civil, decidiu a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rondônia:

Cuidando-se de financiamento obtido por pessoa jurídica destinado precipuamente à formação de capital de giro para sua atividade comercial, não se podendo qualificá-la, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Conseqüentemente, a multa contratual pactuada na forma prevista no Código Civil (art. 916 *et seq.*), não incide em contrariedade à norma do art. 52, § 1º, do CDC⁷²⁰.

d) Julgados que adotam uma tendência subjetivista ampliadora

Outros julgados assumem uma concepção tipicamente finalista. Pelos termos que expressam, exigem sempre a prova da vulnerabilidade para poder beneficiar pessoas jurídicas, inclusive em relações de consumo. Admitem, a *contrario sensu*, a proteção às pessoas jurídicas que exercem atividade econômica, desde que contratem em posição de vulnerabilidade. Por exemplo, a decisão: “Por não presumir parte vulnerável e por

política econômica do que uma interpretação jurídica”, para utilizar a expressão de Thierry Bourgoignie (BOURGOIGNIE, [1992], p. 31).

⁷¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 218.505/MG, 4ª. Turma Rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.09.1999, DJ 14. 02. 2000. Disponível em: <www. stj.gov.br.> *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Acesso em 22.07.2003.

⁷¹⁹ BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Apelação Cível 726.240-8, 7ª. Câmara Extr., Rel. juiz Ariovaldo Santini Teodoro, j. 25.08.1997; cf. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 287-289, abr. 1998. p. 287.

se dedicar a atividade produtiva e lucrativa, a pessoa jurídica, por isso mesmo, não se presume consumidora e só terá proteção do Código do Consumidor se afirmar e demonstrar a satisfação aos requisitos de ordem subjetiva, objetiva e finalística”⁷²¹.

e) Julgados que procuram adequar-se ao art. 29 do CDC

Num sentido mais adequado, há aqueles que delimitam a tutela integral do CDC para os “destinatários finais”, e nesse caso não há outras exigências senão a caracterização da relação de consumo (art. 2º e 3º). Mas compreendem que as normas relativas aos Capítulos V e VI se estendem, por aplicação do art. 29, aos consumidores equiparados, entre os quais se incluem empresários e pessoas jurídicas, mesmo quando não venham a adquirir produtos ou serviços na condição de destinatários finais. Nesse último caso, entretanto, para aproveitar-se das normas referidas no art. 29, exige-se a comprovação da vulnerabilidade. Essa comprovação pode ser atenuada ou não exigida nos casos em que ficar bem caracterizada a contratação padronizada e de adesão; ou quando, mesmo não caracterizada a relação de consumo, ainda se possa dizer que está presente um “consumidor”, ou seja parte uma pessoa física.

Seguindo essa linha, dois dos primeiros julgados que fizeram escola no Rio Grande do Sul ocorreram em contrato de financiamento, figurando, de um lado, instituição financeira, e, de outro, pequena empresa⁷²². Em ambos os julgamentos foram invalidadas, por abusivas, cláusulas contratuais, invocando o art. 51 do CDC por meio do disposto no art. 29. Tais cláusulas previam, em contrato padronizado e de adesão, possibilidade de variação da taxa de juros pelo predisponente.

⁷²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia, Apelação Cível 01.003265-7, Câ. Cível, Rel. Des. Sebastião T. Chaves, j. 30.04.2002, In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 804, out. 2002, p. 369-376.

⁷²¹ BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Apelação com revisão 536.207-00/8, Juiz Celso Pimentel; cf. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 763, maio, 1999. p. 268; cf. LIMA, 203, p. 62.

⁷²² No primeiro caso, “não se fixou a taxa de juros, ficando apenas estabelecido que ‘a taxa pré-fixada poderá ser alterada a qualquer momento pelo Citibank, mediante comunicação por escrito’”. (Cf. BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 192188076 – 2ª CC – j. 24.9.1992 – Rel. Paulo Heerdt. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1993. p. 274-177; cf. também SOUZA, 1996, p. 101; MARQUES, 1998, p.158; AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 40.) E no segundo, a título de garantia, o banco exigiu a assinatura de uma nota promissória, e fixou cláusula prevendo a alteração unilateral da remuneração do capital. (Cf. BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 193051216, 7ª Câ. Civ., Rel. Antonio Janyr Dall’Agnol Jr., 19.05.1993. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 09, jan./mar. 1994. p. 140-143. Cf. também DALL’AGNOL JÚNIOR, 1998, p. 14.).

Utilizando-se do art. 29 para a equiparação de pessoa jurídica que não é destinatária final, o Tribunal de Justiça de São Paulo anulou a cláusula que previa a perda total das prestações pagas em benefício do credor, na resolução contratual em razão do inadimplemento. E decidiu pela restituição de parcelas em favor de empresa intermediária de linha telefônica⁷²³, aplicando o art. 53 do CDC.

Nessa senda, em uma ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais movida por uma microempresa de pré-moldados de concreto contra o Banco do Brasil S. A., pertinente a contrato de abertura de crédito em conta corrente e a cinco cédulas de crédito industrial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina evidenciou que está assente na jurisprudência: “O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas”⁷²⁴.

Esclarecendo bem a necessidade da *prova da vulnerabilidade* fora das relações de consumo, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “A pessoa jurídica que exerce atividade econômica visando lucro com o serviço ou produto adquirido de terceiro, sem demonstrar *condição de vulnerabilidade* na realização do negócio jurídico, não é consumidor para efeito da tutela do Código de Defesa do Consumidor”⁷²⁵. Ainda teria que fazer um reparo: o de que, nesse caso, a prova da vulnerabilidade não caracteriza o consumidor para efeito do Código, mas sim o consumidor-equiparado para efeito dos capítulos V e VI.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corretamente destacando a análise da vulnerabilidade, em vista do art. 29, emitiu a seguinte decisão:

Não é por se cuidar de relação de consumo, que não é, que se afaste sedizente eleição de foro, em contrato de *franchise*, senão porque demonstrada, satisfatoriamente, a vulnerabilidade de um dos figurantes, evidenciando-se o desequilíbrio entre as partes do negócio, permitindo a aplicação do art. 29 do CDC, verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico comum. Agravo desprovido⁷²⁶.

⁷²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 14.713-4, 5ª Câ. de Direito Privado, Rel. Des. Marcus Andrade, j. em 08.05.97; cf. SILVA, Jorge, 2003, p. 120.

⁷²⁴ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação cível n. 50.016 (88.085493-0), 4ª Câ. Civil, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 22.10.98, DJ-SC n. 10.097, 19.11.98, p. 09; cf. também *CD-ROM da Jurisprudência Catarinense*, Registro do Acórdão 3954/8547. Daí decidiu: “A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário. Assim, a multa moratória, embora devida, é de ser minorada para 2%, de sorte a amoldar-se ao §1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (*ibidem*).

⁷²⁵ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível 217.4889-9, Juíza Maria Elza, jornal Desafio, dez. 1996; cf. LIMA, 2003, p. 62.

⁷²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de instrumento nº 597036102, 6ª Câ. Cível, Rel. Des. Antonio Janyr Dall’ Agnol Junior, j. 29.04.1997. In: *Revista de Jurisprudência do TJRS*, Porto Alegre, n. 184, p. 184-186, out. 1997. p. 185.

Muitas interpretações se mostram insatisfatórias quanto à extensão da proteção contra cláusulas abusivas prevista no CDC. Na doutrina e jurisprudência alguns defendem uma concepção extensiva sem quaisquer critérios, outros buscam restringir a aplicação apenas às relações de consumo.

Uma adequação maior parece encontrar-se na observação da doutrina hermenêutica relativa à aplicação analógica das normas jurídicas. Em primeiro lugar, essa perspectiva permite caracterizar a existência de uma lacuna das regras do Código Civil em matéria de cláusulas abusivas. Em outro aspecto, ao apontar alguns critérios para o juízo analógico, possibilita maior razoabilidade e adequação para uma transposição do regime de nulidade de cláusulas abusivas do CDC a relações contratuais civis e empresariais.

Se o CDC for aplicado seguindo os critérios da analogia, não há que se concordar com os finalistas, que vêem na possibilidade de extensão dessa disciplina uma oportunidade de desvirtuar a tutela do consumidor e diminuir-lhe a proteção. O que haverá é a abominação das cláusulas abusivas e a proteção das partes fracas em todas as relações contratuais, com o objetivo apenas de restabelecer, entre os vulneráveis e os predisponentes poderosos, na medida em que seja possível, um equilíbrio contratual razoável.

CAPÍTULO IV

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DOS CONTRATOS E O CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

No capítulo anterior foi verificada a possibilidade de exame judicial do conteúdo contratual, a fim de redução de cláusulas desproporcionais e declaração de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, por via da aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, com o suporte normativo designado pelo seu art. 29. Assim, foi examinada a solução para a lacuna do Direito Civil e Empresarial, tentando contemplar os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. Agora cabe procurar respostas para o problema numa outra perspectiva de interpretação, a fim de investigar e apontar caminhos para o exame interno dos contratos civis e empresariais, pela aplicação de princípios na prática da decisão judicial.

4.1.1 O conceito de princípio como norma jurídica distinta das regras

A compreensão do sistema jurídico tem sofrido alterações pela mudança empreendida na noção de norma jurídica. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios, mas, em geral, aos princípios era atribuído um *status* limitado ao de meras proposições abstratas, destituídas de efetivo teor normativo, mais próximas de comandos morais do que jurídicos. Atualmente, a ciência jurídica abandonou as antigas idéias, à vista da produção de uma nova teoria dos princípios. Essa teoria forma hoje o coração da noção de sistema normativo aberto e dinâmico.

Em substituição à teoria clássica, a nova concepção opera uma distinção entre regras e princípios, como duas espécies de normas jurídicas. A literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios e

as regras jurídicas é extensíssima e demonstra não somente o caráter problemático, como também a relevância dessa distinção à qual se presta uma atenção crescente⁷²⁷.

Normalmente, aos princípios é designado um papel constitutivo do sistema jurídico. Sua referência a valores, programas e finalidades os torna aptos a oferecer uma *estrutura dialógica* com os fenômenos concretos e as concepções cambiantes, na sociedade. Todavia, a diferença mais importante que se operou advém da noção de que regras e princípios são normas imperativas, que possuem gradação de seu teor normativo, de acordo com a *densidade semântica* particular de cada uma. Essa consideração exige uma diferença de atitude ante umas e outras, de tal modo que os métodos tradicionais de interpretação não podem mais reivindicar o espaço ocupado na dogmática hermenêutica tradicional. Isso não quer dizer que as regras clássicas de interpretação e integração devam ser totalmente afastadas e consideradas sem nenhum valor quando se queira compreender o sentido e alcance de regras; mas significa que, se houverem de subsistir como instrumento para preencher as lacunas da lei, então terão de exibir título diverso daquele que pretende a doutrina tradicional.

a) As diferenças qualitativas entre regras e princípios

Na síntese de J. J. Canotilho, regras e princípios são duas espécies de normas, tradicionalmente distinguidas pelos seguintes critérios: a) *grau de abstração*: os princípios possuem um grau de abstração mais elevado que as regras; b) *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*: os princípios carecem de uma mediação concretizadora, enquanto as regras são aplicáveis diretamente (Esser); c) *o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de Direito*: os princípios são estruturantes do sistema jurídico; d) *“proximidade” da idéia de direito*: os princípios são *standards* radicados nas exigências de justiça, estão próximos da idéia de Direito (Larenz), enquanto as regras têm conteúdo meramente vinculativo-funcional; f) *natureza normogênica*: os princípios constituem a razão de ser das regras, são fundamentos de regras⁷²⁸.

⁷²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1993. p. 81-172; cf. CANOTILHO, 2002, p. 1143-1171; cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, directos y justicia*. Tradução Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 109-126; cf. BONAVIDES, 2001, p. 228-266; cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.75-122; cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 142 et seq.; cf. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75-89. Para compreender um dos primeiros caminhos abertos para a superação do positivismo clássico, cf. DWORKIN, 2002, 23 et seq., 108 et seq., e 127 et seq. Para uma crítica de algumas dessas posturas metodológicas, cf. HABERMAS, 1997, v. 1, 241-323.

⁷²⁸ CANOTILHO, 2002, p. 1144-1145.

Contudo, a teoria contemporânea evidencia uma distinção qualitativa entre princípios e regras jurídicas. Ambos são normas qualitativamente distintas. As regras jurídicas são normas que preceituam uma exigência — impõem, permitem ou proíbem — que é aplicável em sentido absoluto. Se uma regra tem validade, deve ser cumprida na exata medida dos seus termos. Suas fixações são definitivas e não comportam um juízo de mediação em “mais ou menos”. Portanto, as regras contraditórias não sustentam validade simultânea, excluindo-se por antinomia⁷²⁹.

Os princípios “são mandados de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas”, como define Alexy⁷³⁰. Em outras palavras, “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”⁷³¹. Isso significa que os princípios são normas jurídicas imperativas que contêm um mandado de otimização, ajustáveis a vários graus de concretização, dependendo de condicionantes fáticos e jurídicos, conforme explica Canotilho⁷³².

Disso resulta, segundo Alexy, uma conexão recíproca entre o caráter de princípio e a proporcionalidade em sentido amplo, compreendida em suas três facetas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou mandado de ponderação). Tais aspectos da proporcionalidade se inferem logicamente do caráter de princípio⁷³³. Explicando melhor, Canotilho diz que os princípios, enquanto “*exigências de otimização*”, que só “*prima facie*” devem ser obedecidas, possibilitam fazer o “balanceamento de valores e interesses” de acordo com o seu peso e a ponderação de outros princípios, eventualmente conflitantes⁷³⁴.

Consoante esse raciocínio, admite-se uma “convivência conflituosa” entre princípios, e a coexistência de princípios opostos entre si dentro do ordenamento. Quando estiverem em confronto dois princípios, isto é, na “colisão de princípios”, cabe realizar a ponderação para que um prevaleça sobre o outro, sem retirar sua validade e sem o excluir do sistema.

⁷²⁹ CANOTILHO, 2002, p. 1145. Como ensina Eros Roberto Grau, as regras jurídicas não comportam exceções: ou são aplicadas de modo completo ou não o são. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. Para decidir qual delas o é e qual deve ser abandonada, hão de ser tomadas considerações alheias a elas. O próprio ordenamento, às vezes, determina a solução através de outras normas, fixando o critério hierárquico, o temporal, o da especialidade, etc. Ou, ainda, pode-se dar prevalência à regra que esteja apoiada nos princípios mais relevantes (cf. GRAU, 2001, p. 91 e 95).

⁷³⁰ ALEXY, 1993, p. 112 (tradução nossa).

⁷³¹ ALEXY, 1993, p. 86 (tradução nossa).

⁷³² CANOTILHO, 2002, p. 1145.

⁷³³ Cf. ALEXY, 1993, p. 112.

⁷³⁴ CANOTILHO, 2002, p. 1145-1146.

Segundo Alexy, “do conceito de princípio resulta que na ponderação não se trata de uma questão de ou-tudo-ou-nada, senão de uma tarefa de otimização”⁷³⁵. De acordo com a “lei da ponderação”, “quanto maior é o grau da não satisfação ou de não efetivação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”⁷³⁶. Na colisão de princípios, não se despreza o princípio oposto, tornando-o inválido. O que ocorre é que, em certas circunstâncias, um precede o outro; e, noutras situações, “a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa”. Ou seja, diferentemente das regras, as quais são examinadas apenas na dimensão da validade, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos, e prima o de maior peso⁷³⁷. Impõe-se um procedimento metódico no qual o exame da norma legal é aclarado em razão de várias questões formuladas⁷³⁸.

Nessa perspectiva é que parte da teoria mais recente sobre a interpretação e a integração do Direito, seguindo Alexy, distancia-se das maneiras tradicionais de perquirir o *telos* e os valores da lei. Não se identifica com a “jurisprudência dos conceitos”, nem com a “jurisprudência dos interesses”; e tampouco com a clássica “jurisprudência dos valores”; busca uma visão diferente, inclusive, das concepções ligadas à teoria da “natureza das coisas” e dos conceitos de “âmbito normativo”⁷³⁹.

Outrossim, nessa orientação teórica, a partir da distinção entre regras e princípios, não há lugar para a antiga idéia de *telos* imanente à lei ordinária ou à noção de “espírito da lei”, nem para a pesquisa do âmbito intrínseco de cada Direito. Os princípios, compreendidos como “mandados de otimização”⁷⁴⁰, com um “caráter

⁷³⁵ ALEXY, 1993, p. 166 (tradução nossa).

⁷³⁶ ALEXY, 1993, p.161 (tradução nossa).

⁷³⁷ Cf. ALEXY, 1993, p. 89.

⁷³⁸ Cf. BARROS, 1996, p. 168-177.

⁷³⁹ Especialmente para não se expor às objeções: a) não se infere o juízo de dever ser concreto de direito, sobre o que deve ser regulado com normas, a partir de enunciados empíricos (como seria o juízo imputado a partir da “natureza das coisas”, posição defendida inclusive por Larenz); e b) somente de programas normativos estatuídos diretamente é que se infere o juízo de dever ser concreto de direito (posição lançada contra a “teoria do âmbito normativo”, de F. Müller) (cf. ALEXY, 1993, p. 168-169, ver nota 245).

⁷⁴⁰ Alexy afirma: “*Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel deontológico*” (ALEXY, 1993, p. 141). Em tradução livre lê-se: “Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Por outro lado, os valores têm que ser incluídos no nível deontológico”. O grande problema é que, adiante, o autor conclui: “*principios y valores son lo mismo, una vez bajo el manto deontológico y, otra, bajo el manto axiológico. [...] las teorías materiales de los derechos fundamentales pueden ser formuladas en vez de como teorías de los principios, como teorías de los valores o como teorías generales de los fines de los derechos fundamentales*” (ALEXY, 1993, p. 541). Em tradução livre lê-se: “princípios e valores são o mesmo, uma vez sob o manto deontológico e, outra, sob o manto axiológico. [...] as teorias materiais dos direitos fundamentais podem ser formuladas, em vez de como teorias dos princípios, como teorias dos valores ou como teorias gerais dos fins dos direitos fundamentais”. Nesse passo, o autor não guarda a consequência necessária que decorre da primeira distinção entre o plano deontológico e axiológico. Para uma crítica sintética a esse ponto, cf. NORONHA, 2002a, p. 180-181, nota 18; cf. também TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christoph; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 231-245, p. 244.

de dever ser”⁷⁴¹, expressos ou imanes nas leis e na Constituição, cumprem um papel fundamental na atividade interpretativa e integrativa do Direito.

Seria ir demasiado longe entrar aqui em pormenores sobre essa distinção e buscar os contributos da literatura global, quase inabarcável. A distinção entre regras e princípios não decorre, contudo, de forma tão lógica como parece. E a metodologia apontada também pode ser questionada.

b) Críticas e outras concepções metodológicas

Em primeiro lugar, na esteira da teoria exposta acima, se conclui que “as regras, em efeito, se esgotam em si mesmas, isto é, não têm nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam”, como afirma Zagrebelsky⁷⁴². Mas, na verdade, será que uma regra ou um conjunto de regras não pode aflorar princípios que se acham subjacentes às mesmas? Se a resposta for afirmativa, então pode-se crer, pelo menos, que existem algumas regras mais complexas do que outras.

Segundo, em relação à caracterização de princípios, várias objeções têm sido feitas. Uma delas diz que nem todos os princípios poderiam ser tomados como “mandados de otimização”, como “exigências” que apenas em “primeira linha” devem ser realizadas. Afirma-se que há princípios que são absolutos e por isso jamais poderiam ser colocados numa relação de preferência perante outros princípios. Essa objeção já mereceu resposta de vários autores, especialmente enfatizando a “relação de precedência” entre princípios⁷⁴³, e a exigência daquele pensar para manter a “tendencial unidade axiológico-normativa”⁷⁴⁴.

Por último, a definição dos princípios e a decorrência lógica da metodologia a ser aplicada têm causado outras discussões profundas. No plano metodológico, existem várias perspectivas. Aqui se apontam, brevemente, três linhas de pensamento.

⁷⁴¹ Cf. ALEXY, 1993, p. 147.

⁷⁴² ZAGREBELSKY, 1995, p. 110 (tradução nossa).

⁷⁴³ A essa objeção rebate Robert Alexy que, se existem princípios absolutos, isso significa que sua realização não conheceria limites jurídicos. Haveria fronteiras fáticas. Não seria aplicável o teorema da colisão (cf. ALEXY, 1993, p. 106).

⁷⁴⁴ Canotilho responde: “A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental” (CANOTILHO, 2002, p. 1166). Para verificar outras objeções, cf. BONAVIDES, 2001, p. 252 et seq.

De um lado estão os que sustentam, conforme frisado, que os princípios suscitam problemas de *validade e peso*, cabendo ao juiz, no caso concreto, verificar a importância prática e realizar a ponderação de “bens”, “interesses” e “valores” envolvidos (Alexy, Canotilho).

Outra perspectiva, encetada por Ronald Dworkin, prefere lançar mão de um processo de interpretação construtiva, postulando a necessidade de uma teoria do Direito que reconstrua racionalmente e contextualize o Direito vigente, na busca da decisão correta, priorizando princípios que consigam maior apoio e fundamentação nessa desejada teoria. A decisão, nos casos difíceis, deve ser uma decisão sobre os direitos das partes. As razões para a decisão da autoridade, sobre que direitos as pessoas efetivamente têm, devem aplicar a fundamentação geral. “Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria geral em um caso difícil”⁷⁴⁵.

Numa postura intermediária encontra-se o pensamento de Habermas, que concorda com a primeira visão, no sentido de que a interpretação deve estar sempre sujeita a um processo político deliberativo. Nesse aspecto, segue considerações da teoria da argumentação, de autores como Aarnio, Alexy e Günther⁷⁴⁶. Mas, por outro lado, acompanha o raciocínio de Dworkin na tese de que a interpretação deve buscar o sentido deontológico do Direito, porque “pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos”. Daí a necessidade de enfrentar a “tarefa da reconstrução racional do direito vigente”. Porque “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”⁷⁴⁷.

Nesse sentido Habermas fornece alguns elementos para a crítica da primeira perspectiva apontada, especialmente contra a proporcionalidade e a ponderação de “valores” e “bens” envolvidos. Segundo essa corrente, a indeterminação de discursos jurídicos não pode ser caracterizada como discursos prático-morais ligados ao Direito vigente. Com Habermas, cabe dizer que “a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões judiciais à validade de juízos morais e, nessa medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais”⁷⁴⁸. Portanto, segundo esse autor, não se pode aceitar o sentido normativo de um princípio jurídico como simples expressão de “valorações” de uma comunidade que podem ser balanceadas.

⁷⁴⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 163-164.

⁷⁴⁶ Cf. HABERMAS, 1997, v. 1, p. 187. Habermas afirma que “condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 283).

⁷⁴⁷ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 289.

Habermas, na esteira de Ronald Dworkin, assinala que “regras são normas concretas, já determinadas para a aplicação específica”, ao passo que “os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação”⁷⁴⁹. Segundo ele, tanto as regras como os princípios “são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação”. Tal distinção entre diferentes normas (regras e princípios) não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. “Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização — conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica”⁷⁵⁰.

Em vista dessas considerações, parece importante observar um pouco mais sobre a linha seguida por Dworkin. Sua teoria contém detalhes questionáveis, que vários autores acreditam mesmo que sejam refutáveis, como a aposta nas capacidades de um juiz Hércules e na única decisão correta — mas essas são questões que não podem ser aprofundadas aqui. Por outro lado, parece ser a mais adequada no sentido de procurar conservar intacto, até a concretização do direito, o caráter deontológico dos princípios.

Dworkin compreende que, na interpretação construtiva, cada juiz deve procurar uma decisão idealmente válida. Para tanto, cabe aos princípios um importante papel na reconstrução racional da ordem jurídica, de tal modo que o Direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de preceitos. Nesse processo, a responsabilidade do juiz, perante a sociedade democrática, decorre do compromisso com a preservação dos seus fundamentos e valores constitucionais básicos, e da exigência simultânea de atender à realização da justiça no caso concreto, estabelecendo o melhor possível em busca da decisão correta.

Um dos caminhos para atender à “segurança jurídica” e à “correção da decisão” sugerido por Ronald Dworkin, é a consideração do *princípio de integridade* do Direito. O princípio da integridade recomenda “aos legisladores que tentem tomar o conjunto de leis moralmente coerente”, e aos juízes “demanda que a lei,

⁷⁴⁸ HABERMAS, 1997, v. 1, p. 290.

⁷⁴⁹ Cf. HABERMAS, 1997, v. 1, p. 258.

⁷⁵⁰ Cf. HABERMAS, 1997, v. 1, p. 258. Uma das críticas agudas de Habermas à doutrina de Alexy é a seguinte: “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias — e não segundo o modelo de bens atraentes” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 317-318). Para uma visão mais completa, cf. HABERMAS, 1997, v. 1, 241-323.

tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”⁷⁵¹. Segundo ele, é claro “que nossa própria estrutura jurídica constantemente viola a integridade dessa maneira menos dramática. [...] Não obstante, aceitamos a integridade como um ideal político”⁷⁵². Como consequência, na aplicação do Direito, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁷⁵³. A integridade “exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”⁷⁵⁴.

Segundo Dworkin, mesmo quando a questão diz respeito a regras, como, por exemplo, para decidir sobre a manutenção de uma regra na ordem jurídica, estará em causa na decisão do tribunal a comparação entre o conjunto de princípios servidos pela regra, os quais pedem a sua manutenção, e um outro conjunto, em favor de sua revogação. O que o tribunal compara é o peso de dois conjuntos de princípios⁷⁵⁵.

Seguindo essa corrente, Ruy Rosado Aguiar ensina que a tarefa do juiz, portanto, de descoberta do Direito, não é neutra, mas também não é discricionária, devendo ser tomada em função das regras e princípios, explícitos e implícitos, estabelecidos pelo sistema, de tal maneira que a decisão, ainda que seja inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade⁷⁵⁶. Assim, efetivamente, mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, precisamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata⁷⁵⁷.

Nessa linha, segundo John Rawls, os juízes não podem invocar uma generalização da sua concepção particular de bem, a sua própria moralidade, suas visões religiosas ou filosóficas, e até mesmo a

⁷⁵¹ Cf. DWORKIN, 1999, p. 213.

⁷⁵² Cf. DWORKIN, 1999, p. 224.

⁷⁵³ Cf. DWORKIN, 1999, p. 272.

⁷⁵⁴ Cf. DWORKIN, 1999, p. 273.

⁷⁵⁵ Cf. DWORKIN, 2002, p. 122.

⁷⁵⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior expõe com propriedade os passos da atividade do juiz: “A tarefa do julgador consistirá, primeiramente, em fixar as ‘regras’ aplicáveis ao caso, de acordo com o direito estabelecido e as normas comuns de hermenêutica; depois, em uma segunda etapa, definirá os ‘princípios’ acolhidos pelo ordenamento jurídico, que poderão ser antagônicos entre si e servirão para orientar o seu julgamento [...]. O trabalho operacional do juiz, porém, não se esgota nessas duas fases, [...] Nesse último momento, o juiz fará atuar as ‘políticas’ consagradas na Constituição, com as quais fará a escolha dos princípios e dará conteúdo aos conceitos éticos de justiça e de equidade. Nesse trabalho final, o juiz será orientado pelas normas constitucionais e ordinárias que estabeleceram os objetivos e os fins do Estado. Aquilo que Dworkin denominou de ‘políticas’, e no Brasil tem sido definido como ‘normas-objetivo’ ou ‘normas-fim’, não fica fora da consideração do julgador, pois tais *standards* são manifestações do legislador constituinte que não podem ser desprezadas no trabalho interpretativo, sendo por isso plenamente eficazes” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 751, p. 32-50, maio, 1998, p. 45).

⁷⁵⁷ Cf. DWORKIN, 2001, p. IX-X.

moralidade em geral, quando essa não faça parte dos valores políticos da concepção política de justiça e razão pública assegurada pela Constituição. Seu papel é cultivar valores de índole política: “razão pública é a única razão que o tribunal exerce”. À parte disso, é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer das leis, dando consistência às suas razões e articulando-as numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões, à luz daquilo que acreditam de boa-fé que pode ser defendido dessa forma⁷⁵⁸.

Porém, justamente porque o sistema jurídico do estado democrático permite, nesses termos, essa liberdade decisória, ele espera dos juízes, a quem garante independência institucional e funcional, que utilizem essa liberdade para realizar os valores definidos juridicamente; disso resulta que *eles têm responsabilidade social*, como ensina primorosamente Ruy Rosado Aguiar⁷⁵⁹. Mesmo que o juiz estivesse em dúvida quanto à admissibilidade de julgar por um determinado princípio, não pode rejeitar a pretensão ajuizada pela falta de disposição específica em uma regra. Esse é um dos plexos da responsabilidade do juiz e de seu compromisso com o tratamento das pessoas como livres e iguais em direitos e deveres⁷⁶⁰.

Enfim, existe muita polêmica entre uma posição e outra, estando ambas sujeitas a muitas críticas sérias. Sem entrar nessa intensa disputa, para os objetivos do presente estudo é suficiente destacar alguns pressupostos que a teoria da metodologia tem considerado importantes para a aplicação de princípios. Efetivamente, todas as opiniões convergem para o que precisamos.

c) Os princípios e a unidade do sistema jurídico

As considerações feitas acima evidenciam elementos importantes para constatar a admissibilidade da elaboração do controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, através de princípios. A

⁷⁵⁸ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 286-287.

⁷⁵⁹ Cf. AGUIAR JÚNIOR, 1998, 45.

⁷⁶⁰ Como observa Dworkin, pode ser que uma decisão não seja totalmente incompatível com a legislação, entretanto o juiz irá decidir a questão por princípio, não propriamente porque todas as possibilidades sejam excluídas pelo que está na legislação, “mas porque acredita que o seu princípio está correto ou, pelo menos, mais próximo de ser correto do que outros princípios também não excluídos”. Desse modo, sua decisão é uma decisão política, porque baseada em argumento de princípio. Entretanto, como alerta o mesmo autor, essa forma correta de basear os julgamentos será regularmente condenada pela concepção centrada no texto legal, que segue apenas o conteúdo das regras explicitamente especificadas no “livro de regras” e coloca a justiça substantiva como um

diferenciação realizada entre regras e princípios aponta um sentido funcional aos princípios, como elementos ensejadores da porosidade do sistema jurídico às mudanças da realidade. Em outras palavras, verificou-se que é possível a mobilidade sistêmica pelo jogo concertado dos princípios em diferentes graus de concretização, num processo de adequação fática que deve ser levado a cabo, em última instância, pelos juízes⁷⁶¹.

De acordo com todas as linhas teóricas sugeridas, os princípios são essenciais tanto para a interpretação como para a colmatação de lacunas. Mesmo porque nenhum artigo, nenhum dispositivo legal pode ser entendido em sua particularidade: qualquer preceito depende dos demais para que seja compreendido em sua total dimensão.

Assim, dado o caráter unitário do sistema, a solução para qualquer controvérsia só alcança a resposta adequada “à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados, como opções de base que o caracterizam”, conforme ensina Pietro Perlingieri⁷⁶². São os princípios que possibilitam compreender a unidade do ordenamento jurídico.

A teoria da metodologia afirma que em cada direito subjaz latente um determinado conjunto de princípios diversos daqueles que subjazem latentes em outros direitos. Também se afirma que, dada a objetividade e a presença normativa dos princípios, inexistem discricionariedade judicial⁷⁶³. Compreende-se que o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculadas aos princípios gerais do Direito. Na densificação, para a solução de um caso concreto, o que se aplica é “o Direito”⁷⁶⁴.

Ao contrário do que ocorreu na teoria positivista, a partir da formulação de princípios de Direito, embutidos em codificações, houve a modificação estrutural do sistema jurídico para um Direito variável, todavia

ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito (cf. DWORKIN, 2001, p. 07 e 15-16).

⁷⁶¹ Cf. FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, ano 10, v. 2, p. 15-48, abr./jun. 1998. p. 17 e 33.

⁷⁶² PERLINGIERE, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 05.

⁷⁶³ Assim é a lição de Eros Roberto Grau: “A não vinculação do intérprete — e sobretudo, do juiz — pelo ‘espírito da lei’ ou pela ‘vontade do legislador’, de um lado, associada à necessidade de buscar-se no presente as circunstâncias que animam, conferindo-lhes vida, os princípios, de outro, não importam, no entanto, possa ele atuar discricionariamente. Deveras, inexistem discricionariedade judicial, como observei anteriormente, tal não há, para qualquer intérprete do direito, a possibilidade de livremente criá-lo ou — recriá-lo. Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja vinculado pelo ‘espírito da lei’ ou pela ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado pelas normas jurídicas — e, em especial, pelos princípios — que deva interpretar” (GRAU, 2000, p. 197).

⁷⁶⁴ Segundo Ronald Dworkin, uma vez que abandonemos a doutrina do positivismo e “tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida” (DWORKIN, 2002, p. 71).

um “Direito legislado”. Afasta-se a idéia de que o Direito pode ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo, por meio das representações do legislador ou por intermédio de um suposto “sentido imanente”⁷⁶⁵.

No âmbito *sistêmico interno* as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas, sim, estão conectas, porque as regras são concreções e densificações dos princípios. O ordenamento jurídico, no seu conjunto, ou pelo menos em grande parte dele, está subordinado a determinadas idéias jurídicas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração. Os princípios caracterizam-se como “razões para regras”⁷⁶⁶; por isso, eles devem servir de base para a interpretação e integração do Direito, isto é, devem estar sempre presentes e nisso repousa a força normativa da resultante obtida na atividade hermenêutica.

Seguindo essa orientação, deveremos dizer que o Direito inclui tanto princípios como regras. Especialmente diante da falta de regras específicas para uma decisão judicial, como no caso das pretensões de revisão contratual e nulificação de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais que não possam ser solucionadas por regras, é necessário que os juízes recorram aos princípios jurídicos. E, quando os juízes declararem a nulidade dessas cláusulas abusivas por princípios jurídicos, tratar-se-á da efetivação de uma obrigatoriedade já constituída pelo Direito.

Outra consequência de os princípios se constituírem “razões para regras” e se encontrarem em um patamar mais elevado dentro ordem jurídica é que não se manifestam antinomias entre regras e princípios. Os princípios possuem *status* diverso e neutralidade tópica, por isso podem ser aplicados independentemente do conteúdo da norma de primeiro grau⁷⁶⁷. Contudo, para ampla revisão contratual, redução de cláusulas desproporcionais e declaração de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, por princípios, não se trata de sobrepor uma aplicação de princípio a uma determinada regra: aqui as regras estão aquém e não conseguem efetivar o teor normativo principiológico, não sendo o caso de afastar uma regra para aplicar um princípio.

Observou-se, ainda, que, se entrarem em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro sem retirar a validade e sem excluir do sistema aquele que não é aplicado na situação em causa. Sobre como se opera a implementação prática dos princípios existem várias divergências, mas quanto a isso não há necessidade de uma posição definitiva aqui.

Em todos os casos, por fim, não só é plenamente reconhecida a exigência de densificação e realização prática dos princípios, como também é uma responsabilidade dos juízes. No estado Democrático

⁷⁶⁵ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, n. 16, n. 45, p.07-20, mar. 1989.

⁷⁶⁶ Cf. ALEXY, 1993, p. 102-103.

⁷⁶⁷ Cf. FARIAS, P., 1998, p. 19.

brasileiro, em que a Constituição enumera regras, princípios e enunciados político-imperativos tão extensivamente, e em que o novo Código Civil abre-se para princípios dantes não expressos, as pretensões manifestadas pelos mais fracos, para revisão contratual e nulificação de cláusulas abusivas, não poderão ser denegadas sem maiores considerações. Cabe ao juiz formular uma teoria do Direito e encontrar, para o caso concreto, a solução que satisfaça à exigência de conformar-se com o sistema e de realizar a justiça. Submisso aos princípios fundamentais da ordem normativa vigente, resta-lhe um espaço enorme, onde as vicissitudes de sua atividade podem fazer-se fecundas.

Assim, “sem nenhum menosprezo à segurança jurídica, o juiz não deve, nunca, alienar a sua consciência na vã tentativa de proceder à mera subsunção automática do preceito legal ao caso concreto”, como disse Juarez de Freitas⁷⁶⁸. Aliás, nos casos de revisão contratual, redução de cláusulas desproporcionais e declaração de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais, o juiz só denega a justiça ou aplica a lei injusta se quiser.

4.1.2 A invocação dos princípios para a invalidação das cláusulas abusivas

A invocação de princípios gerais do Direito encontra sua legitimidade na obrigação, que se impõe ao juiz, de preencher as lacunas da lei, de resolver antinomias e, de maneira mais geral, de colmatar as insuficiências e solucionar as ambigüidades de regras⁷⁶⁹. Na verdade, para a exegese sistemática lastreada nos princípios gerais não se precisa estar autorizado, devendo deles se utilizar inclusive quando inexista lacuna. O próprio legislador lança mão dos princípios para coibir abusos e deixa a cargo do juiz a sua efetivação no caso concreto⁷⁷⁰.

A doutrina tradicional, porém, seguindo estritamente a ordem dos meios de supressão das omissões da lei designadas no art. 4º da LICC, diante de pretensões de direito que não podiam ser decididas em primeira linha pelas regras, recomendava verificar, em primeiro lugar, se era possível a aplicação analógica. Essa foi a

⁷⁶⁸ Cf. FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. *Ajuris, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 39-52, jul. 1987. p. 51.

⁷⁶⁹ Cf. CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 50-51.

⁷⁷⁰ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 62; BULGARELLI, 1993, p. 43; FERNANDES NETO, 1999, p. 61.

perspectiva apontada, no capítulo anterior, para defender a admissibilidade do controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais⁷⁷¹.

Modernamente, de acordo com uma nova perspectiva hermenêutica, está sendo cada vez mais aceito que, nesses casos de omissão legislativa, imediatamente o juiz está autorizado a escolher os princípios adequados para resolver a questão. Aliás, enfatiza-se que juízes e intérpretes, mesmo diante de aparente possibilidade de subsunção a uma regra, devem procurar, nos casos concretos, a justificativa a partir dos princípios.

Essa orientação é uma resultante da observância da distinção entre normas (regras e princípios). É uma conseqüência da percepção de que a análise do conteúdo dos princípios das leis e da Constituição revela freqüentemente a incompletude das regras para atingir as finalidades e assegurar os valores gerais contidos no “dever ser” dos princípios da ordem jurídica. Tais desideratos se mostram inatingíveis ou desvanecidos perante as relações socioeconômicas e jurídicas atuais, se forem deixados para as exíguas possibilidades de efetivação atrás das regras expressas. Daí que o papel atribuído aos princípios tenha como reflexo uma nova maneira de encarar o procedimento decisório do juiz.

Observe-se então o caso que é objeto desse estudo. Qual será a atitude do juiz diante da pretensão de revisão contratual ou de declaração de nulificação de cláusula em contratos civis e empresariais?

Cabe destacar que a decisão judicial precisa alcançar a “aceitabilidade racional” ou “correção” e, simultaneamente, a “coerência” com o Direito vigente⁷⁷². Quais são, porém, os requisitos para que a decisão judicial em matéria contratual obtenha a categoria de “aceitabilidade racional” e atenda, simultaneamente, à “segurança jurídica”, no sentido coerente com o ordenamento? À competência do juiz implicará resolver a

⁷⁷¹ Mesmo autores que conservam aquela perspectiva admitem a aplicação dos princípios. Larenz já havia percebido que a aplicação da lei deve ajustar-se ao tempo atual e ao contexto legal, mantendo-se dentro dos quadros do sentido literal e do escopo da lei. Porém, quando seu escopo originário se tornou inatingível ou se desvaneceu, cumpre “perguntar-se se a lei é capaz de cumprir outro fim racional nos quadros da ordem jurídica atual e atendendo às relações atuais. Se não for esse o caso, quer dizer, se a aplicação da lei vier a conduzir a um resultado completamente destituído de fim e de sentido, dentro das relações atuais, então a lei é inaplicável. Para esse caso extremo vale o brocardo “*cessante ratione legis cessant lex ipsa*” (LARENZ, 1997, p. 495-496). Adiante assinala que, “é permitido, em todo caso, aos tribunais um desenvolvimento do Direito, quando, devido a uma recusa do legislador, sobreveio um *autêntico estado de necessidade jurídico*” (*idem*, p. 608). Ferrara também havia ressaltado que “o intérprete deve tirar dos princípios todas as conseqüências de que são capazes, embora algumas sejam expressas, enquanto que outras permanecem latentes. Os preceitos jurídicos têm um conteúdo virtual que é função do intérprete extrair e desenvolver. Assim se enriquece e elabora o material jurídico” (FERRARA, 1978, p. 153). Compreende-se, com Van Caenegem, que a ciência jurídica só terá a capacidade de explicar estatutos e julgamentos, de exercer a crítica que pode conduzir à reforma da legislação e, acima de tudo, de dar uma base racional ao estudo do Direito, na medida em que dê muita atenção aos princípios gerais, à coerência do sistema como um todo e à finalidade do Direito (cf. CAENEGEM, 1999, p. 241).

⁷⁷² Como assinala com sabedoria Jürgen Habermas: “Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm de satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 246 et seq.).

tensão entre: (a) levar em conta a realidade atual, procurando a justiça do caso concreto e (b) aplicar o Direito e não apenas as regras isoladas, tendo sempre em vista a pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento de acordo com a ordem jurídica vigente.

Em outros termos, trata-se de dois aspectos importantes a serem contemplados na decisão judicial: a) para que o juízo seja de acordo com a realidade do seu tempo e aceitável, por discernimento, pelas pessoas racionais, terá que considerar a realidade da contratação moderna que, hoje, é a da imposição de cláusulas contratuais pelos mais fortes; b) para manter-se coerente com o sistema jurídico, terá que identificar e tomar em consideração quais as diretrizes principiológicas fundamentais que a lei e a Constituição são capazes de cumprir dentro das relações contratuais atuais, sob um olhar com substrato num “modelo social do Direito” (Wieacker).

São dois aspectos intimamente interligados. As estipulações abusivas nos contratos civis e empresariais fazem parte de uma realidade antiga, mas a consciência jurídica alertou para elas muito recentemente, após a disseminação em larga escala dos contratos padronizados e de adesão. Sobretudo, a sua caracterização como cláusula abusiva é decorrência de uma leitura dos princípios do sistema jurídico sob o enfoque do paradigma do Estado Social. Esse novo paradigma contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico, diversa do paradigma liberal, capaz de qualificar como “irracional” aquela denegação de justiça amparada no modelo clássico. Em especial, ao considerar na sua fundamentação a vida das relações socioeconômicas, os julgamentos dos juízes tomarão rumo diverso da concepção liberal para resolver a questão sobre o exame interno do conteúdo contratual.

Em primeiro lugar, para que o magistrado possa acolher a possibilidade de correção do juízo, terá que levar em conta a situação em que ocorre grande parte da contratação moderna, atentando para a prática comum da contratação padronizada e de adesão. Assim, os juízes facilmente encontrarão “justificações externas” plausíveis para as premissas do juízo. Será possível verificar que a própria liberdade contratual se mostra muito reduzida para os mais fracos. A partir disso, o juiz poderá direcionar sua decisão na perspectiva do reconhecimento da integridade de condições que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração na ordem econômica, relativizando a força vinculativa das estipulações contratuais. Essa fundamentação geral, que aporta os elementos do *plano externo*, será relevante para justificar os princípios que acolhe, a fim de procurar garantir a *correção* da sua decisão, ou seja, para alcançar a aceitabilidade racional do juízo pelos membros do direito.

De outra parte, a fim de alcançar a consistência do direito, a decisão judicial terá que estar amparada na obrigatoriedade advinda do sistema jurídico. E isso não será difícil. A postura do juiz na prática da

decisão judicial não pode ser outra senão a realização de uma reconsideração do conteúdo da lei, à luz dos princípios, para verificar se existem as garantias de efetividade nas regras expressas. No caso em tela, o juiz certamente observará que não há uma regulamentação adequada, nas regras expressas, para dar solução ao problema das cláusulas abusivas. Entretanto, o magistrado que, a fim de caracterizar as cláusulas abusivas, atentar para os princípios fundamentais do Direito dos Contratos e da Constituição, abalizados pelo paradigma do Estado Social, verá surgir uma série de violações suscetíveis de controle em defesa da parte mais fraca. A partir disso, a sua atividade será construir a regra conforme demandariam os princípios do Direito Civil e da Constituição.

Evidentemente, se os princípios gerais exigem uma resposta e não há uma regra clara para a solução do caso, não surge um poder criador discricionário para o juiz. A sua faina está inserida no ordenamento vigente, que constitui um sistema, não apenas de regras, mas também de princípios que são normas, às vezes de baixa densidade, mas com alto teor normativo, das quais deverão ser extraídos e ponderados os conteúdos para a solução do caso, numa interpretação construtiva.

Nessa tarefa será decisiva a escolha que o juiz fizer em favor do princípio ou do conjunto de princípios que creia ser o melhor para atender ao espírito de coerência e unidade do sistema⁷⁷³. A decisão judicial deverá estar pautada por uma teoria que “enuncia um princípio mais sólido de justiça”⁷⁷⁴ que qualquer outro princípio que se possa encontrar, buscando atender às “justificações externas” ou “marginais” que garantem a correção do juízo⁷⁷⁵. São esses princípios que garantem, no *plano interno*, a *segurança jurídica* e a força da obrigatoriedade do Direito. Cabe adotar aqueles que sejam mais coerentes com o sistema e que expressam a melhor teoria de justiça substantiva.

Na construção da decisão, segundo os moldes aqui propostos, o princípio da integridade do Direito requer uma consideração muito mais ampla da ordem jurídica do que a que se fazia nos julgamentos conforme as concepções clássica e neoclássica. Diante da falta de regras para solucionar uma pretensão de revisão contratual independente de circunstâncias imprevisíveis, ou a que pede redução de cláusulas desproporcionais, ou ainda, a que requer a declaração de nulidade de cláusula abusiva, se o juiz, à moda clássica, escolhe solucionar o caso

⁷⁷³ Cf. AGUIAR JÚNIOR, 1998, p. 44.

⁷⁷⁴ Cf. DWORKIN, 2001, p. 241.

⁷⁷⁵ Como assinala Pietro Perlingieri: “A normativa deve ser individuada levando em consideração, em conformidade com o critério de justiça reconhecido pelo ordenamento, todas as circunstâncias atenuantes e agravantes do caso, de maneira a proporcionar (*relativizzare*) a decisão (com o caso) sem atentar ao princípio de igualdade. Trata-se de avaliar o fato, analisando-o naquelas que poderiam parecer condições ou modalidades marginais ou acessórias, de individuar a normativa do caso concreto à luz das normas e dos princípios, procurando no âmbito do ordenamento a disciplina ‘compatível’ com aquele determinado regulamento de interesses” (PERLINGIERE, 1999, p. 104-105).

unicamente pelo *princípio da autonomia privada* contratual, na leitura designada pela concepção liberal, muito provavelmente sua decisão define-se de antemão pela preservação daquilo que foi estabelecido no contrato, negando o exame do conteúdo clausular em nome da segurança jurídica.

Aliás, os tribunais, muitas vezes, sem mais, denegam a justiça, porque, observando a legislação contratual comum, não vêem opção para tal prestação jurisdicional; porque *supostamente* estariam ofendendo o princípio da autonomia privada (ou a “liberdade contratual”) das partes e a “segurança jurídica” das relações contratuais⁷⁷⁶. E, realmente, se a visão do juiz está restrita à orientação das regras, à moda da concepção do estado liberal de direito⁷⁷⁷, pouco desperto para a teia de princípios e a metodologia jurídica dos novos paradigmas, ele encontrará poucas chances para enquadramento desses casos em uma regra particular do novo Código Civil⁷⁷⁸.

Contudo, diante de uma pretensão que à primeira vista não recebe proteção das regras isoladas do Código Civil — como a de revisão contratual independente de circunstâncias imprevisíveis, ou a que pede redução de cláusulas desproporcionais, ou ainda, a que requer a declaração de nulidade de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais —, a nova hermenêutica recomenda que o juiz volte os olhos não só para o princípio da autonomia privada, mas sobretudo para outros princípios gerais da legislação em causa, assim como para os princípios constitucionais.

As restrições aos abusos nos contratos estão disponíveis no ordenamento, a partir da análise de princípios gerais do Direito dos Contratos, como o da justiça contratual, da boa-fé, da função social do contrato.

⁷⁷⁶ Na doutrina neoclássica, dizia-se que não há uma proteção contra cláusulas abusivas no âmbito dos contratos civis e empresariais, pois se o Código Civil não designou essa proteção por uma restrição à “liberdade contratual”, é porque deixou a matéria sob responsabilidade das partes, pelo princípio da autonomia privada. Essa idéia é errônea. Uma afirmação desse gênero só pode resultar de não terem sido esquadrihados todos os princípios envolvidos para a realização do exame de precedência e ponderação, ou para a fundamentação através de uma “interpretação construtiva”. É a resultante da aceitação pura e simples do princípio da autonomia privada como único princípio geral dos contratos, como se apenas ele tivesse a função de orientar as relações contratuais quando não há uma regra expressa. É devido a esse equívoco que, muitas vezes, os tribunais defendem que o pactuado contratualmente deve ser cumprido, independentemente da justiça substancial de seu conteúdo, em obediência à intangibilidade do contrato (“*pacta sunt servanda*”). É por causa desse raciocínio equivocado que o princípio da autonomia privada possibilita negar a admissibilidade de exame substancial das cláusulas, em favor do cumprimento de obrigações desproporcionais e abusivas.

⁷⁷⁷ Na concepção liberal de Estado havia apenas dois pilares: o *princípio da legalidade* e o *princípio da liberdade*: “A ausência de leis era um impedimento para a ação dos órgãos do Estado que afetassem aos direitos dos cidadãos; supunha, por outro lado, uma implícita autorização para a ação dos particulares” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 28, tradução nossa).

⁷⁷⁸ Como detectou Ruy Rosado de Aguiar Jr., em relação ao novo Código Civil, é de se aplaudir o que representa de inovador “na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o Juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material”. Contudo, em relação à sua técnica “observe que, nesse propósito de atender àqueles princípios gerais antes enunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação — ou lhes deu em extensão aquém da possível e desejada” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 30).

Esses princípios contêm exigências deontológicas capazes de fornecer uma ampliação do leque de critérios para verificar as cláusulas contratuais que se justificam ou que não se justificam ante uma renovada compreensão do ordenamento jurídico.

Os princípios fundamentais dos contratos permitem coibir todas as cláusulas abusivas, mantendo-se a coerência do sistema jurídico na sua totalidade, porque encontram suas raízes no sistema constitucional. Os princípios constitucionais apontando, além da liberdade, outros desideratos supremos como os de solidariedade, igualdade e justiça, transferem a força deontológica necessária para a perfeita integração entre os interesses privados e o interesse social, cabendo ao juiz a delicada e difícil tarefa de, no caso concreto, estabelecer o equilíbrio.

Nesse rumo, a concretização dos princípios é um mecanismo de oxigenação permanente do ordenamento, a fim de adequar o fenômeno jurídico ao social, político e econômico. A densificação de princípios será uma fonte para a construção da regra do caso concreto, a fim de alcançar uma solução justa dos conflitos sobre as cláusulas abusivas. Em outras palavras, a linguagem compreensiva aportada pelos princípios gera um papel decisivo a ser desempenhado pelo juiz na construção de um “Direito justo em matéria contratual”⁷⁷⁹.

Agora, cabe investigar melhor quais os princípios gerais que se aceita invocar à luz dos novos paradigmas.

4.1.3 Natureza jurídica dos princípios subjacentes: exame sobre o princípio do equilíbrio contratual

A fim de realizar o exame judicial interno do conteúdo dos contratos, deve o juiz enumerar os princípios possivelmente aplicáveis e submetê-los a um juízo crítico, para adotar aquele que, guardando coerência com o sistema (o que limitaria a influência das suas convicções particulares), melhor concretizará a justiça e a equidade⁷⁸⁰.

É evidente que qualquer princípio rejeitado pelo ordenamento não deverá ter nenhum papel na prestação jurisdicional, assim como quando um princípio é incompatível com o conjunto das normas jurídicas, de tal modo que não se pode dar nenhuma justificação adequada do que está na lei e na Constituição. Todavia, ainda que o princípio não estivesse albergado pela legislação civil de modo expresso, o juiz teria que observar se

⁷⁷⁹ FARIAS, P., 1998, p. 41.

⁷⁸⁰ Cf. AGUIAR JÚNIOR, 1998, p. 44.

não está subjacente na lei e, além disso, verificar se não está justificado no nível menos denso e hierarquicamente superior, de onde descendem todos os princípios da ordem econômica: a Constituição.

Isso significa que, antes de esquadrihar quais são os princípios latentes na ordem jurídica e o alinhamento dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria, ainda não se pode dizer que há boas razões para negar a aplicação de um princípio. Portanto, em primeiro lugar, no caso ora estudado, cabe investigar se o princípio que possibilita a ampla revisão contratual, a redução de cláusulas meramente desproporcionais e a declaração de nulidade de cláusula abusiva, se apresenta adequado à lei.

Como já se viu [1.3.2.d], para a caracterização das cláusulas abusivas o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual cumpre um papel essencial. É esse princípio jurídico que permite cobrir as lacunas que existem na proteção do equilíbrio contratual⁷⁸¹. Por assim dizer, é o princípio do equilíbrio que autoriza o juiz a proteger os profissionais contra cláusulas abusivas, permitindo declarar a nulidade de cláusulas contratuais que criam desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Alguns poderiam dizer, entretanto, que esse não é princípio geral dos contratos, porque não está expresso no novo Código Civil e, por isso, não pode ser utilizado para coibir cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

Devido às divergências doutrinárias em relação à presença ou não do princípio do equilíbrio contratual no âmbito do Direito Civil e Empresarial, procurar-se-á atalhar essa discussão investigando qual o *status* ocupado pelos princípios gerais, mesmo quando não estejam expressamente designados, mas apenas latentes nas regras.

A natureza jurídica dos princípios gerais de Direito, expressos e latentes, é um assunto tão polêmico que não há como realizar aqui uma consideração de detalhes das várias doutrinas. Contudo, um posicionamento nessa matéria é fundamental para a posição defendida neste texto. Se o princípio do equilíbrio não faz parte do Direito Civil, será um ponto de fuga para os que procuram subterfúgios contra a caracterização das cláusulas abusivas. A questão que preocupa poderia ser formulada do seguinte modo: seria possível caracterizar a cláusula abusiva por ofensa ao princípio do equilíbrio contratual, ainda que este não estivesse expresso no Código Civil?

Desde o Direito Romano já se reconhecia nos princípios gerais latentes um caráter jurídico. Entretanto, na maioria dos Códigos modernos, um dispositivo semelhante ao do art. 4º da Lei de Introdução ao

⁷⁸¹ Cf. FIN-LANGER, Laurence. *L'Équilibre contractuel*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2002. p. 471 e segs. Pelo princípio do equilíbrio “*le juge dispose d'un pouvoir de révision du contrat pour corriger les déséquilibres. Fréquemment, la loi lui attribue expressément cette faculté d'adaptation du contenu du contrat, mais parfois, le juge se l'octroie indépendamment de toute autorisation législative*” (FIN-LANGER, 2002, p. 369).

Código Civil surgiu em substituição à expressão direito natural⁷⁸², remetendo a algo externo ao Direito. Em boa parte isso se deve ao jusracionalismo que acabou atribuindo aos princípios gerais a função de reconhecimento de direitos pré-estatais e valores supra-positivos advindos do direito natural⁷⁸³. Por sua vez, a metodologia do positivismo colocou ao juiz a possibilidade de aplicar os princípios como se fossem regras e se equivocou ao admitir a ele um poder totalmente discricionário⁷⁸⁴.

A essa postura, modernamente, contrapõe-se uma nova mentalidade, diversa da tendência jusracionalista e da metodologia positivista. Atualmente, não se trata de buscar normas independentes de qualquer legislador, em algum sistema racional e autônomo, como na era do direito natural moderno, quando se acreditava que os princípios do Direito deviam ser estabelecidos pelo método científico moderno. Essa concepção compreendia que tais princípios tinham de ser necessariamente aceitos por todos os homens e Estados civilizados, “pois eles correspondiam aos princípios da natureza humana e constituíam, portanto, a base comum partilhada por todos os homens”⁷⁸⁵.

Ao contrário, agora se trata de buscar apoio nos princípios reconhecidos pelo ordenamento, sejam princípios gerais dos contratos ou princípios constitucionais, e não, através do método científico, deduzir normas do Direito de acordo com os princípios da *prova geométrica*. Assim, rejeita-se a concepção do direito natural como um ideal de justiça com uma significação maior do que a da ordem jurídica, e nega-se a concepção do direito natural como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria ser diretamente derivado, ou seja, de um direito natural aplicado. Compreendem-se os princípios gerais como parte da ordem

⁷⁸² Os princípios gerais de Direito são indicados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil como um dos fundamentos destinados a suprir as lacunas da lei. De acordo com esse dispositivo, o juiz, diante da omissão da lei, e em lhe não sendo possível supri-la por meio da analogia, ou dos costumes, deverá recorrer aos princípios gerais de Direito. Trata-se de uma regra consagrada na maioria da legislação comparada. Em muitos Códigos, a expressão princípios gerais de Direito veio substituir a expressão direito natural. Em parte isso ocorreu por herança antiga, outra por implicações do pensamento moderno. Na Grécia antiga, onde o Direito era concebido como produto dos deuses, reconhecia-se uma lei escrita e uma lei não escrita, decorrente da natureza, com fundamentos na equidade ou na tradição ou imposta pelas convicções morais e religiosas. Na Idade Média, o pensamento católico estabelecia o campo da lei positiva e o da lei natural, atribuindo primazia ao direito natural (cf. LOPES, 2000, v. 1, p. 185 et seq.).

⁷⁸³ Na época moderna, devido à orientação individualista do Direito, com o jusracionalismo dos séculos XVII e XVIII, rompe-se totalmente a tradição romana com a tendência a identificar os princípios gerais de Direito com o direito natural. Ao quebrar a harmonia e a interação dialética entre as normas jurídicas e as antigas máximas, as *regulae juris* foram substituídas pelos *principia juris*, a que se atribuía valor axiomático e que, por isso passaram a ser aplicados diretamente nos casos concretos, quando não fossem afastados por um preceito do Direito (cf. NORONHA, 1988, p. 119-120).

⁷⁸⁴ Cf. DWORKIN, 2002, p. 50 et seq.

⁷⁸⁵ Cf. CAENEGEM, 1999, p. 164-175.

jurídica, mas isso não significa adotar a concepção positivista e sua maneira de implementação dos princípios na prática da decisão judicial⁷⁸⁶.

Como ensina Eros Roberto Grau, tais princípios gerais — sejam os princípios “positivos” expressos pelo *direito posto* ou os contemplados “em estado de latência”, no *direito pressuposto* — são princípios *descobertos* no ordenamento positivo e, nessa situação, em sentido amplo, podem ser considerados “positivados”⁷⁸⁷.

Seguindo Eros Grau, tendo em consideração a norma jurídica como gênero que alberga, como espécies, princípios jurídicos e regras; os princípios *positivos* são diferentes das regras, mas portam em si pressuposto de fato suficiente para se caracterizarem como norma. Da mesma forma, os *princípios gerais do Direito* não expressamente enunciados em textos normativos escritos, mas encobertos e descobertos no ordenamento positivo, também se configuram norma jurídica, ainda quando enunciados em *forma descritiva*. A partir das estruturas de posicionamento de ambos — princípios positivos e princípios gerais do direito — é inútil separá-los. Desse ponto de vista, uma distinção que poderia ser feita encontra-se na diversidade de graus de concretização de que carecem. Porém, nem sempre há essa diferença quanto à densidade. Assim, sejam princípios positivos, ou em estado de latência, todos consubstanciam, mercê disso, proposições normativas⁷⁸⁸.

Conforme ensina o mesmo autor, tais princípios jurídicos, tanto positivos como subjacentes — princípios gerais do Direito (isto é, desse direito) — todos eles consubstanciam espécies do gênero norma jurídica. Eles não constituem criação jurisprudencial, nem preexistem ao ordenamento em alguma ordem suprapositiva. Esses princípios latentes, *descobertos* no interior de determinado ordenamento, pelo fato de carecerem de concretização — através da elaboração de uma regra jurídica, a qual será editada, em última instância, pelo juiz, quando na sentença cria a norma individual — não são excluídos do gênero “norma jurídica”. Desse modo, não há uma oposição entre normas e princípios subjacentes. Mesmo quando não

⁷⁸⁶ Como ensina Zagrebelsky, quando há carência de uma regra “as teses positivistas mais estritas se limitam a afirmar a ausência de direito e a liberdade do intérprete para recorrer a critérios morais, em todo caso extrajurídicos” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 117, tradução nossa).

⁷⁸⁷ Cf. GRAU, 2000, p. 101. Essa afirmação do texto requer um esclarecimento, devido ao caráter polissêmico da expressão *princípios gerais de Direito*. Ela pode referir-se à totalidade dos princípios gerais do Direito, entendidos esses como *proposições descritivas*; ou à parcela dos princípios gerais do Direito (do primeiro sentido) que, por serem contemplados em determinado ordenamento, assumem caráter de *proposições normativas*. Assim, não quer dizer que cada ordenamento jurídico contemple todos os *princípios gerais de Direito* quando, com essa expressão, na linguagem dos juristas, se alude, de maneira sintética, ao conteúdo e às grandes tendências do Direito; tomando “o Direito” como “Direito em geral” e não como “um determinado sistema de Direito”, como “um determinado ordenamento” (GRAU, 2000, p. 105-106 e 108).

⁷⁸⁸ Cf. GRAU, 2000, p. 111-113.

enunciados como *princípios positivos*, se acolhidos por determinado ordenamento de modo latente, são direito positivo⁷⁸⁹.

Entretanto, salvo quando os princípios assumam “a forma de proposições jurídicas” estruturalmente idênticos às regras, condensados em um critério imediatamente aplicável, não são independentes e autônomos como as regras, na medida em que se posicionam num nível superior, como condição imanente do ser e do funcionar das regras⁷⁹⁰. Na sua maioria os princípios precisam de densificação pelo juiz. Segundo Canotilho, *densificar uma norma* significa “preencher, completar e precisar o espaço normativo”, “especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”⁷⁹¹. Isso não é realizado com discricionariedade, mas submetido à manutenção da *integridade* da ordem jurídica vigente⁷⁹².

Essas observações permitem concluir que o princípio da justiça contratual pertence definitivamente à ordem jurídica reguladora dos contratos civis e empresariais. O princípio do equilíbrio contratual está expresso em vários dispositivos do CDC (arts. 4º, III; 51, IV, § 1º, II, e § 4º, entre outros) e em muitos preceitos do Código Civil (art. 157, 317 e 478, entre outros). Mas, mesmo que se o compreendesse apenas como princípio latente, não possui qualquer distinção, na sua natureza jurídica, em relação aos demais princípios expressos, como os princípios da boa-fé e da função social do contrato. Afinal, ainda como princípio subjacente, o princípio da justiça contratual constituiria um fundamento de mesmo teor normativo que os princípios expressos, para a interpretação, conhecimento e aplicação desse direito.

4.1.4 Análise da presença do princípio do equilíbrio contratual no Direito Civil

Na doutrina encontram-se várias abordagens sobre a evolução histórica das concepções do Direito dos Contratos, surgidas a partir da tomada de consciência dos contratos padronizados e de adesão e das cláusulas abusivas. Normalmente, afirma-se que o CDC é fruto da evolução da teoria dos contratos e que traz consigo “novos” princípios. A essa compreensão, cabe fazer uma indagação: será que os princípios expressos na legislação consumerista não eram princípios gerais do Direito dos Contratos, ainda que alguns deles estivessem presentes apenas de modo subjacente na legislação comum e tenham sido tornados explícitos, no Direito Privado, pelo CDC?

⁷⁸⁹ Cf. GRAU, 2000, p. 114-118.

⁷⁹⁰ Cf. GRAU, 2000, p. 115-116; cf. também NORONHA, 1988, p. 125.

⁷⁹¹ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1185.

⁷⁹² Cf. DWORKIN, 1999, p. 271 et seq.

Se a resposta for afirmativa, como acreditamos que seja, significa que, já no velho Código de 1916, estava latente não só o princípio da boa-fé, como também o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual⁷⁹³. Talvez por isso fosse possível sustentar a nulidade de cláusulas leoninas e “condições potestativas”.

De qualquer modo, para nós, hoje, cabe ressaltar o real significado da inclusão dos princípios no Código de Defesa do Consumidor, onde aparece com destaque o princípio da justiça contratual. Importa compreender, objetivamente, que os princípios positivados no Direito do Consumidor, não fazem exceção às regras do Direito comum e, como consequência, podem ser aplicados em todo o Direito Privado. Como já se viu [3.3.4], segundo explica com propriedade Fernando Noronha, “será possível a extensão de princípios contidos no Direito do Consumidor ao Direito comum das Obrigações, quando a sua consagração naquele representar apenas afloramento de princípios gerais”⁷⁹⁴. Esse é mais um argumento em favor da presença do princípio da justiça contratual no Direito Civil. Significa reconhecê-lo como “fator de mutabilidade do sistema jurídico”⁷⁹⁵, impondo-se a sua aplicação em todo o âmbito das relações interprivadas.

A própria Constituição dá o golpe fatal nas concepções que não reconhecem o princípio da justiça contratual como um princípio de mesmo teor normativo que os outros para reger as relações contratuais em geral. Como explica Paulo Neto Lôbo, a Constituição incorporou os princípios gerais, os quais deixaram de ter a natureza de Lei de Introdução ao Código Civil, apenas como princípios supletivos, após a lei e os costumes⁷⁹⁶. No nível constitucional encontram-se as raízes dos princípios da autonomia privada, da função social do contrato, da boa-fé, e também é a Constituição que alicerça o princípio da justiça contratual, o qual, inclusive, vem acompanhado da noção de vedação do abuso do poder econômico. A noção de equilíbrio contratual também não decorre apenas de um preceito constitucional, mas de todos os dispositivos que contêm uma relação direta com a idéia de igualdade substancial. Essa fundamentação será tratada adiante.

Por fim, ainda, cabe averbar que o “velho-novo” princípio da justiça contratual ainda não alcançou o reconhecimento e a autonomia que merece. É muito tímido o seu enfoque fora das relações de consumo, em especial a sua aplicação autônoma e independente do princípio da boa-fé.

Neste estudo, parte-se do pressuposto de que o controle das cláusulas abusivas e a proteção do contratante débil, tanto nas relações de consumo como nas relações não de consumo, têm nele o seu eixo

⁷⁹³ Cf. NORONHA, 1991, p. 3 et seq.

⁷⁹⁴ Cf. NORONHA, 2002, p. 60. Já há julgados nesse sentido, inclusive um exemplo admitindo que “o Direito do Consumidor é direito especial, podendo as normas que constituem o delineamento de princípios gerais ser estendidas às hipóteses que ultrapassam o seu âmbito” (BRASIL. Justiça estadual de Santa Catarina / Joinville, Autos n. 0389804752-7, Juiz Joel Dias Figueira Júnior, j. 07.05.1999. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 317-321, out./dez. 1999. p. 319).

⁷⁹⁵ FARIAS, P., 1998, p. 15 et seq.

principal. E, como se enfatizou anteriormente, o reconhecimento da possibilidade de princípios latentes no ordenamento terem o mesmo teor normativo de princípios expressos, impede o mais cauteloso praticante do Direito de esquivar-se da aplicação do princípio do equilíbrio contratual em relações civis e comerciais. Todo julgador submetido à ordem jurídica vigente não poderá desprezar, sem mais, o princípio da justiça contratual.

4.2 A aplicação de princípios fundamentais do Direito dos Contratos

4.2.1 O princípio do equilíbrio (ou da justiça) contratual

O princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual já foi detectado por Franz Wieacker como “o princípio da equivalência material provindo da ética contratual aristotélica, tomística e jusracionalista”⁷⁹⁷. Conforme define Fernando Noronha, esse princípio “traduz-se na idéia de razoável equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes, nos contratos comutativos”⁷⁹⁸.

Conforme tal exigência, nas relações de troca, é indispensável que haja uma plausível paridade entre prestação e contraprestação, direitos e deveres, riscos e ônus, contrabalançando os interesses das partes envolvidas. Esse princípio já foi objeto de um rápido estudo anteriormente [1.3.2.d]. Agora, cabe indagar mais a fundo as suas funções e, especialmente as suas implicações com o problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

O princípio do equilíbrio contratual é princípio geral dos contratos, por isso aplicável a todas as relações contratuais interprivadas. A esse respeito, Antônio Junqueira de Azevedo concebe o princípio na dimensão do *equilíbrio econômico do contrato*, ou do *sinallagma*, e pondera que, por meio dele, admitem-se duas figuras: a *lesão* e a *excessiva onerosidade*. Aponta ainda que, segundo a doutrina dominante, tal princípio não havia sido acolhido no Código de 1916, mas, apesar disso, não havia dúvida da sua presença no ordenamento jurídico, por ser parte integrante de leis posteriores (como a Lei 1.521, de 1951, e a Lei 8.078, entre outras)⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Cf. LÔBO, 2000, p. 245.

⁷⁹⁷ Cf. WIEACKER, 1980, p. 552; cf. também p. 327 e segs. Segundo o autor: “A readopção da tradição anterior pela jurisprudência depois da primeira e novamente depois da segunda Guerras Mundiais tornou-se o sintoma mais importante da invasão de uma ética contratual material no moderno direito privado” (WIEACKER, 1980, p. 334).

⁷⁹⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 182 et seq.

⁷⁹⁹ Cf. AZEVEDO, 1998, p. 116.

Fernando Noronha, enxergando a justiça substancial sob focos diferentes, observa-a sob dois ângulos: objetivo e subjetivo. Do ponto de vista subjetivo, pondera que seria necessário que cada parte avaliasse se o que recebeu de benefícios é equivalente aos sacrifícios que assumiu; e ressalta que apenas sob o ponto de vista objetivo se justificaria uma intervenção do Estado na busca da justiça substancial⁸⁰⁰.

O ilustrado civilista remonta à doutrina de Larenz e assinala que os critérios objetivos oferecidos pelo princípio da justiça contratual a fim de se estabelecer a justiça substancial de um contrato, podem ser dois: a “*equivalência entre prestação e contraprestação*, segundo o qual a justiça se realiza quando essas duas tenham um valor sensivelmente correspondente”; ou a “*eqüitativa ou (ou justa) distribuição de direitos e obrigações*, ou de *ônus e riscos*, que visa a ‘uma justa distribuição dos ônus e riscos relacionados com um contrato’”⁸⁰¹.

a) O princípio da equivalência entre prestação e contraprestação

O princípio da equivalência entre prestação e contraprestação está presente em preceitos como aqueles do Código Civil que se referem a prestações desproporcionais. Por exemplo, o art. 157 fala na “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”; o art. 317 se refere à “desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução”; o art. 478 menciona “a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa”. Portanto, quando se fala na lesão, na correção monetária, na onerosidade excessiva superveniente, no fundo trata-se da concretização das exigências do princípio do equilíbrio econômico do contrato.

O princípio objetivo da equivalência também serve de base para preceitos do Código Civil, como: o que permite reclamar o abatimento do preço por vícios ou defeitos ocultos da coisa adquirida; os relativos à responsabilidade por vícios redibitórios (art. 442, 443 e 444) e pela evicção (arts. 452 e 455); o que diz respeito à redução do preço por deterioração da coisa locada (art. 567); o preceito relativo ao abatimento do preço por deterioração da coisa, sem culpa do devedor, nas obrigações de dar coisa certa (art. 235).

Está também presente naqueles dispositivos que limitam o valor da cláusula penal (art. 412), ou dão ao juiz o poder de reduzi-la (art. 413)⁸⁰².

⁸⁰⁰ Cf. NORONHA, 1991, p. 254 et seq.

⁸⁰¹ Cf. NORONHA, 1994, p. 222-223; refere-se a LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte geral*. Madrid: Derecho Reunidas, 1978. p. 61-64.

⁸⁰² Na vigência do Código de 1916, em conflito sobre cláusula penal num contrato de crédito decorrente de instrumento particular entre duas empresas, assim destacou Ruy Rosado de Aguiar: “lembro que essa Quarta

É esse princípio que ajuda a compreender, por exemplo, o disposto no art. 1426, que possibilita deduzir os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido, nos casos de vencimento antecipado de dívidas.

É o princípio que, no Código de Defesa do Consumidor, justifica a limitação do valor da multa de mora (art. 52, § 1º), a liquidação antecipada de débitos mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos (art. 52, § 2º), e proíbe a perda total das prestações pagas na resolução do contrato de compra e venda e alienação fiduciária, por inadimplemento (art. 53).

Tal princípio está presente, de modo subjacente, no Código Civil, no art. 441, por sua limitação aos contratos comutativos (nesses contratos é que a coisa viciada ou defeituosa quebra a relação de correspondência com a contraprestação do lesado).

Situação similar se dá em relação ao art. 447, que impõe a responsabilidade pela evicção apenas nos contratos onerosos. E na responsabilidade pela cessão do crédito, que, de acordo com o art. 295, refere-se à cessão feita nos contratos, a título oneroso.

Muitos outros dispositivos poderiam ser trazidos à colação, mas não há espaço para isso neste estudo⁸⁰³.

Sobre esse princípio, cabe observar que as sociedades capitalistas têm por base a exploração lucrativa, entretanto, não há uma estimativa clara sobre qual é o lucro e o preço justo das transações; conseqüentemente, o princípio da equivalência entre prestação e contraprestação sofre dificuldades para ser implementado na sua completude. É por isso que muitos autores se desviam da problemática, afirmando ser desnecessário haver uma relação de equivalência *objetiva* entre prestações, bastando simplesmente elas corresponderem às expectativas que as partes tinham a seu respeito (equivalência *subjetiva*)⁸⁰⁴.

Em torno dessa idéia, de reconhecer unicamente a equivalência subjetiva, não faltam resquícios da concepção liberal, na qual as obrigações exageradas e desproporcionais eram plenamente válidas. Naquela concepção, bastava apelar para a *demagógica* consideração do pressuposto de que “as partes são os melhores juízes de suas conveniências”, que tudo devia ser mantido na execução do contrato. A noção de equivalência subjetiva contém suposições idênticas. A “síntese das conveniências”, hoje, aparece na procura da garantia do

Turma vem aplicando a regra do art. 924 do Código civil, quando se pleiteia a redução da multa para o fim de ser reduzida a índices compatíveis com a realidade do contrato e a necessidade de que esse não seja executado de modo extremamente oneroso para o devedor, como acontece na hipótese de ser exigida a sanção correspondente a 100% do valor do débito e mais o pagamento da prestação, tudo corrigido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 229.776 - SP (1999/00811946-2), Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 16.11.99, DJ. 17.12.99. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23.09.2003).

⁸⁰³ Para um estudo mais aprofundado cf. NORONHA, 1991, p. 255 et seq.

“conjunto das expectativas subjetivas”. Ambas são situações que remetem ao momento de contratar e pressupõem a “igualdade de oportunidades”; vale dizer, mudaram os termos, mas igualmente se reportam a uma realidade que só existiu em ficção⁸⁰⁵. Nessa visão estreita, nunca se coloca em causa o “sinalagma genético” estabelecido no momento da conclusão do contrato, visando resguardar apenas um *equilíbrio supostamente existente*, para que seja mantido durante todo o decurso da execução do contrato (sinalagma funcional).

Contra essa postura neoclássica, a respeito do princípio do equilíbrio contratual, asseverou com sapiência Paulo Luiz Neto Lôbo:

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária⁸⁰⁶.

A dificuldade para estabelecer os limites da desproporção até a margem de tolerância, para o desequilíbrio entre as prestações, não deve ser resolvida apenas na busca dos aspectos subjetivos: cabe realizar essencialmente uma análise objetiva. Isso não significa que, quando se fale em equivalência de prestações, a justiça deva ser encontrada unicamente na igualdade absoluta.

Como ressaltou Anelise Becker, trata-se de buscar uma equivalência *relativa*, que admita ser julgada com o critério da *razoabilidade* e em consideração às circunstâncias do caso, das pessoas, do lugar e da época⁸⁰⁷. A tendência das legislações mais modernas é no sentido de não estabelecer, na lei, um critério tarifado matematicamente, mas, antes, recorrer à utilização de princípios, como instrumentos essencialmente dúcteis. Essa via mostra-se indiscutivelmente mais apropriada para a prudente avaliação do julgador, no caso concreto, do efetivo desequilíbrio entre as prestações⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Cf. BIERWAGEN, 2002, p. 64. A concepção que tem em vista a *equivalência subjetiva* é endossada por vários autores. Entre outros, cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 32; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. p. 40.

⁸⁰⁵ Como lembra com propriedade Serge-Christophe Kolm: “As opiniões que estão mais próximas da justiça final e que valorizam a qualidade das relações sociais zombam da igualdade de oportunidade como ‘boa para corrida de cavalos, mas não para a justiça’” (KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 294-295).

⁸⁰⁶ LÔBO, 1995, p. 44.

⁸⁰⁷ Cf. BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 110.

b) O princípio da distribuição eqüitativa (ou justa) de direitos e obrigações

O princípio da distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos está presente em dispositivos como aquele do Código Civil que impõem os riscos do transporte ao comprador (art. 494). É a preocupação que está subjacente a preceitos como o art. 234 e os demais dispositivos que permitem a resolução do contrato com fundamento na impossibilidade de realização da prestação de uma das partes. Portanto, revela-se um princípio aplicável em qualquer contrato.

Entretanto, o princípio da equivalência entre direitos e obrigações se revela especialmente importante no âmbito dos contratos padronizados e de adesão⁸⁰⁹, daí o reconhecimento do princípio da equivalência contratual, de modo indireto, no mais importante artigo que disciplina o “contrato de adesão” (art. 424), ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio⁸¹⁰.

No contrato padronizado e de adesão os predisponentes são levados freqüentemente a estipular disposições contratuais que lhes são mais favoráveis, transferindo para os aderentes tantos encargos e riscos quantos sejam possíveis. A disposição ou predisposição de cláusulas que destroem a relação de equivalência pressuposta nos contratos comutativos, gerando uma situação de desequilíbrio ou desproporcionalidade entre direitos e obrigações, constitui o descumprimento daquele dever resultante do teor normativo do princípio do equilíbrio e caracteriza as chamadas *cláusulas abusivas*.

O conteúdo normativo da justiça contratual determina, ao mesmo tempo, uma “obrigação” e uma “interdição”. Todas as pessoas que firmam contratos, especialmente as que estabelecem a predisposição contratual padronizada, encontram-se na *obrigação de fazer uso de cláusulas adequadas à equivalência entre direitos e obrigações* e na *interdição de fazer uso de cláusulas desproporcionais*.

Essa noção jurídica de equilíbrio contratual tem uma função explicativa e intervém para definir outras noções jurídicas, como a de cláusula abusiva. O equilíbrio contratual delimita o campo de aplicação das cláusulas contratuais. Uma vez descumprido, gera uma ausência do equilíbrio. Assim, “a cláusula abusiva existe

⁸⁰⁸ Cf. BECKER, 2000, p. 112-113.

⁸⁰⁹ Cf. NORONHA, 1991, p. 258 et seq.

⁸¹⁰ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, São Paulo, p. 187-195, abr./jun. 2002. p. 190. Paulo Netto Lôbo verifica, ainda, que também o art. 423 revela de modo indireto o princípio da equivalência material, ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*) (*ibidem*). Porque,

quando ela cria um desequilíbrio entre os direitos e as obrigações do contrato”, como explica Laurence Fin-Langer⁸¹¹.

É para garantir a efetivação do princípio do equilíbrio contratual que o CDC elenca várias cláusulas que considera “íníquas, abusivas”, quando colocam “o consumidor em desvantagem exagerada” (art. 51, incisos e § 1º), e permite o ajuizamento de ações para declaração de nulidade de “cláusula contratual que contrarie o disposto nesse Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes” (art. 51, § 4º)⁸¹². Contudo, a natureza do contrato não é substancial para caracterizar a inserção de cláusulas abusivas e a ofensa ao princípio do equilíbrio contratual. Apenas, estas se revelam práticas mais comuns nos contratos padronizados e de adesão, os quais não são exclusivos das relações de consumo.

Como, na realidade, as pessoas praticamente não podem mais realizar suas atividades sem sujeitar-se à contratação padronizada e de adesão, e como se encontram sem poder e meios de fazer o predisponente mudar as cláusulas antes de firmar o pacto, a problemática surgirá especialmente nesse tipo de contratação e durante a execução dos contratos. Não encontrando soluções para desapegar-se das imposições abusivas, as pessoas vêem-se obrigadas a recorrer ao Judiciário. O que está em causa, nesses casos, dificilmente será a pretensão de manutenção do *suposto sinalagma inicial*, porventura rompido em decorrência de situação superveniente. Trata-se geralmente do problema das cláusulas abusivas. Aspira-se ao reconhecimento judicial de que o predisponente não cumpriu com sua obrigação de observar a exigência do princípio do equilíbrio, desde o nascedouro do contrato, ainda que às vezes, naquele momento da formação do contrato, o desequilíbrio não estivesse aparente e só viesse a se revelar depois.

Em geral, nesses casos em que os aderentes dos contratos padronizados e de adesão sentem-se prejudicados pelas cláusulas e apresentam sua pretensão em juízo, caberá ao juiz fazer um balanceamento do conteúdo contratual. Cumpre constatar se as cláusulas que se busca impugnar podem ser reduzidas ou declaradas nulas, em vista da justiça contratual substantiva.

O alcance do princípio da justiça contratual não deve ser medido pela avaliação das partes, mas por uma consideração objetiva do conteúdo contratual. Antes o juiz procurava apreciar com que sentido e com que fim subjetivo as cláusulas haviam sido colocadas no contrato, e, se tivesse havido algum vício do consentimento,

no entendimento do autor, “esse princípio abrange o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes contratantes” (LÔBO, 2002, p. 192).

⁸¹¹ FIN-LANGER, 2002, p. 134.

⁸¹² Cf. NORONHA, 1991, p. 258. Nesse sentido, também ressalta Fábio Ulhoa Coelho: “O princípio do equilíbrio contratual manifesta-se, principalmente, na invalidação de certas cláusulas abusivas, como as que estabelecem obrigações incompatíveis com a boa-fé, com a equidade ou exageradamente desvantajosas para os consumidores (art. 51, IV) [...]” (COELHO, 1994, p. 145).

se não eram lícitas, recusava-lhe o cumprimento. Hoje, muito mais que isso, com o reconhecimento do princípio do equilíbrio contratual, é preciso considerar não propriamente a liberdade de consentimento, mas o caráter equitativo do contrato. O juiz encontra no ordenamento jurídico um “mandado de otimização” para fazer uma avaliação objetiva e sopesar o conjunto das cláusulas contratuais, permitindo afastar aquelas que caracterizam a “exagerada vantagem”, o “ganho imoderado”, o “desequilíbrio grave”, o “desequilíbrio significativo”, ou ainda o “desequilíbrio manifesto” entre direitos e obrigações das partes⁸¹³. Esse é o critério que possibilita aos tribunais declararem a nulidade das cláusulas abusivas.

Um dos mecanismos para o balanceamento contratual pode ser encontrado na implementação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Em primeiro lugar, os dois princípios servem para justificar a extensão da aplicação do princípio da justiça contratual. Esses princípios informam que o juiz deve ponderar os resultados pretendidos e os meios de intervenção, para verificar se estará justificada ou não a sua atuação⁸¹⁴. No entanto, no âmbito do Direito Público, fala-se no princípio da proporcionalidade como aquele que permite ao juiz verificar o conteúdo dos atos legislativos e governamentais, mesmo sem que esteja autorizado a entrar na discussão sobre aspectos políticos das decisões⁸¹⁵. Se até os atos dos outros poderes do Estado podem ser

⁸¹³ A questão é saber: Quando se pode dizer que há “exagerada vantagem”, “ganho imoderado”, ou “desequilíbrio grave”? A esse respeito é difícil levantar parâmetros objetivos. Uma das linhas gerais que se pode mencionar é que as cláusulas contratuais têm uma função comercial que obriga a que sejam julgadas à luz do contrato como um todo. Isso não implica que uma só cláusula não possa ser declarada nula, mas significa que, para a sua declaração de nulidade, convém contemplar a globalidade do contrato, de tal modo que se possa balancear o equilíbrio do seu conteúdo e a consistência contextual das cláusulas (cf. PALMER, N. E. *Notes of cases: limiting liability for negligence. The modern law review*. London: The modern law review limited, vol. 45, n.º. 3, p. 322-329, may. 1982. p. 325).

⁸¹⁴ Como lembra Carlyle Popp, na aplicação do princípio da boa-fé, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade “servirão como contrapeso no ato de decidir. Significa exatamente um critério de ponderação entre os resultados pretendidos e os meios de intervenção de tal sorte a justificar ou não determinado atuar judicial” (POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 137-138).

⁸¹⁵ Na hermenêutica (publicista) se fala no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, envolvendo: a *adequação* dos meios utilizados na consecução dos fins pretendidos; a *necessidade* de utilização daqueles meios (e de nenhuns outros, menos gravosos, em seu lugar); e a *proporcionalidade em sentido estrito*, a qual se designa como ponderação sobre a efetiva *razoabilidade* (cf. BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 119 e segs). Na *proporcionalidade em sentido estrito*, trata-se de realizar um exame da “relação de custo-benefício”, com verificação das vantagens e desvantagens resultantes, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional (cf. BUCHELE, 1999, p. 132). No Direito norteamericano se fala no princípio da razoabilidade, que representa a possibilidade conferida ao Judiciário de controlar os aspectos de justiça ou arbitrariedade dos diplomas normativos oriundos do legislativo, assim como de refrear o arbítrio do administrador, pela sindicância da razoabilidade dos atos governamentais. A cláusula de razoabilidade enseja a verificação da compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Apenas quando cumpridos esses requisitos será adequado o ato governamental para alguma limitação de direito individual (cf. BUCHELE, 1999, p. 138-139). No caso proposto no texto, muda-se o objeto: em vez de atos governamentais teríamos cláusulas contratuais predispostas, das quais é necessário sindicarem a razoabilidade e a compatibilidade, em vista do conjunto contratual.

fiscalizados pelo Judiciário — sem tratar de questões de conveniência e oportunidade — por que não poderiam sê-lo os atos privados?

Transportado esse suporte hermenêutico, numa leitura modificada do princípio da proporcionalidade⁸¹⁶, para o âmbito do exame dos contratos, torna-se plenamente admissível que os juízes possam realizar a análise da *razoabilidade* das cláusulas contratuais, em vista do todo contratual e do Direito vigente. Contudo, é preciso adaptar esta idéia ao âmbito do Direito Privado, em que as partes devem ter liberdade para reger suas relações. Portanto, o juiz não irá observar o envolvimento político do contrato ou as conveniências de cada parte, mas sim, verificar se está conforme os princípios e, assim, conferir se há equilíbrio no conteúdo contratual.

Desse modo, nos conflitos, especialmente quando envolvem contratos padronizados e de adesão, em que praticamente não há exercício da autonomia privada pela parte fraca, cabe ao juiz analisar a relação custo-benefício e a razoabilidade do conjunto de cláusulas contratuais. Cumpre ponderar sobre os deveres que são colocados e os resultados a serem obtidos, pesando as desvantagens e vantagens de cada parte envolvida. Tratando-se de cláusulas que apresentam considerável, evidente ou notável desproporção, isto é, uma desvantagem exagerada para a parte mais fraca, independentemente de haver situação superveniente e de considerações subjetivas, há uma perturbação do equilíbrio contratual. O equilíbrio precisa ser restabelecido pela redução da desproporcionalidade ou pela declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas.

4.2.2 A “convivência conflitual” entre os princípios fundamentais dos contratos

Os princípios contêm, cada um por si mesmo, um conteúdo próprio que marca a sua especificidade distintiva, diferenciando-o dos demais: o princípio do equilíbrio não é a mesma coisa que o princípio da autonomia privada, assim como o princípio da boa-fé não se confunde com um nem com outro. Adentro do Direito Privado não existe qualquer ordem hierárquica entre eles⁸¹⁷. Todavia, esses princípios atuam imbricadamente, articulando-se em termos de complementaridade, limitando-se e condicionando-se mutuamente⁸¹⁸. Em consideração a essas relações entre os princípios, é mister observar como pode se

⁸¹⁶ Cf. FIN-LANGER, 2002, p. 223 et seq.

⁸¹⁷ Cf. LARENZ, 1997, p. 677.

⁸¹⁸ Cf. CANOTILHO, 2002, p. 1170.

desenvolver a incidência dos princípios gerais dos contratos (autonomia privada, boa-fé, equilíbrio contratual, função social) na decisão judicial, considerando a realidade da contratação padronizada e de adesão.

Em primeiro lugar cabe advertir que o juiz terá que estar atento para não suprimir totalmente nenhum dos princípios, uma vez que todos devem ser considerados em sua força normativa própria, conforme a ordem jurídica vigente.

Todavia, até que ponto, em nome da autonomia privada e da segurança jurídica, será admissível o afastamento da realização da justiça contratual? Existem razões para se enriquecer o conteúdo do princípio da autonomia privada em contratos padronizados e de adesão, cujo teor é praticamente esgotado por uma das partes, precisamente pela parte mais forte, que o determina? Há razões para negar o exame judicial interno quanto ao conteúdo contratual, em observância à sobreposição de um princípio que resguarde a exigência de livre jogo dos interesses egoísticos dos contratantes? Tal deve ser a prevalência do princípio da autonomia privada, mesmo numa situação concreta em que uma das partes sempre tem o poder de escolher e predispor as regras do jogo, como nos contratos civis e empresariais padronizados e de adesão?

a) O princípio da autonomia privada nos contratos negociados

Evidentemente, o princípio da autonomia privada terá que ser considerado nos contratos que são negociados, sob o pressuposto de que as partes têm igualdade de poder negocial. Nesses contratos, esse princípio terá que ser observado no mesmo nível de exigência que outros princípios. Se todos os princípios gerais dos contratos devem ter o mesmo peso, então nos contratos negociados o princípio da autonomia privada, em primeira linha, deve ser obedecido como todos os outros. Assim estará sendo mantida a *imparcialidade* do juízo.

Em todos os contratos o princípio da autonomia privada pode valer para uma análise do real elemento volitivo que leva o sujeito de direito a praticar ou não o ato jurídico formador do negócio. Pelo princípio da autonomia privada cabe indagar se a vontade convergiu harmonicamente com a declaração de vontade da pessoa, ou não. Vale dizer, é importante verificar se a vontade foi expressa em liberdade, sem constrangimento ou pressão, física ou psíquica ou até mesmo socioeconômica.

Deve ser válido em todo contrato o sentido da integridade do princípio da autonomia privada, enquanto capaz de informar se o sujeito pode decidir se contrata ou não com alguém, como também se esse

sujeito pode escolher o que contratar, com quem contratar e em que termos contratar⁸¹⁹. Mas só um contrato amplamente negociado entre partes com igualdade de forças é que permite manter a integridade do princípio da autonomia nesse sentido, para produzir um conteúdo que seja verdadeiramente objeto de acordo mútuo.

b) O princípio da autonomia privada nos contratos padronizados e de adesão

O princípio da autonomia privada, no sentido inverso da sua atuação nos contratos negociados, em contratos padronizados e de adesão somente poderá servir como fundamento para a quebra da presunção de legitimidade do vínculo jurídico. Se os termos contratuais não são discutíveis e passíveis de alterações substanciais, não é possível gerar um consenso verdadeiro. A declaração de vontade pode até ser livremente exteriorizada, mas o resultado em si mesmo, tomado como dado e assinado em alguns casos, não carrega o substrato que é pressuposto do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade fixadas nas cláusulas contratuais. Ou seja, da simples assinatura do contrato, sem discussão de cláusulas e sem igualdade de poder negocial, nunca será possível o resgate dos motivos legítimos sob os quais tal acordo se ancora.

O consenso mútuo real só pode acontecer quando as partes avaliam se o que é bom para elas é do interesse simétrico de cada uma. Um procedimento de formação da vontade contratual que possa dar conta desse entendimento compartilhado só pode acontecer através da negociação. Somente desse modo existe possibilidade de as partes reconhecerem seus direitos intersubjetivamente. Assim, *a declaração de vontade só é legítima quando a pessoa possa sentir-se autora do conteúdo contratual estabelecido*. Portanto, se sabemos que o contrato padronizado e de adesão, em si, não pode fornecer os elementos para legitimar a declaração de vontade, de tal modo que se possa dizer que houve um afastamento consciente e, sobretudo livre, das normas dispositivas, então, por conseguinte, caberá sempre o teste judicial da validade clausular, em confronto com o Direito vigente, para verificar o equilíbrio contratual.

Sendo assim, convém ser categórico. Em relação aos contratos padronizados e de adesão, uma preocupação com a manutenção do princípio da autonomia privada como fundamento que vincula as pessoas face ao destinatário da assinatura, seguindo o figurino da concepção liberal, significa tomar partido pela defesa da parte mais forte. Nesse caso, existe quebra da imparcialidade do juízo, por omissão à desigualdade de poder

⁸¹⁹ Cf. LISBOA, 1997b, p. 31.

negocial. Esta é objetivamente determinada num contrato que não está habilitado a receber alterações substanciais para acolher os interesses de ambos os contratantes. Contudo, tal desigualdade não é percebida por causa de uma falsa crença na legitimidade da declaração de vontade, decorrente da desconsideração das condições precárias em que ela se produz.

c) A tensão entre o princípio da autonomia privada contratual e o da justiça contratual

Existe uma tensão entre o princípio da autonomia privada e o da justiça contratual. É necessário buscar um ponto de equilíbrio no Direito Contratual, o que nem sempre é fácil. A doutrina tem apontado algumas direções para resolver esse problema.

Fernando Noronha assinala, como um importante meio de adequação do raciocínio jurídico, considerar de maneira distinta a justiça do procedimento de elaboração do contrato, a justiça formal (*igualdade de oportunidades*) e a justiça do resultado concreto obtido (*equilíbrio entre direitos e obrigações de cada parte*)⁸²⁰. Nesse passo, o jurista dá um crédito à idéia de que as partes “são os melhores juizes de seus próprios interesses” nos contratos negociados, e assinala como critério para aplicação do princípio da justiça contratual o seguinte: “*garantidas as condições necessárias à realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato celebrado seja justo (isto é, substancialmente justo)*”⁸²¹. Assim, será preservada a liberdade das partes e a segurança nas relações contratuais.

Contudo, o ilustrado civilista adverte que, como justiça formal e substancial são idéias distintas de justiça, significa que pode haver um contrato que atenda à justiça procedimental, mas resulte substancialmente injusto, como também pode ser que se alcance um contrato justo, mesmo havendo injustiça e ofensa da igualdade no processo de contratação⁸²².

⁸²⁰ Fernando Noronha distingue *justiça formal* e *justiça substancial*: “A justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas” (NORONHA, 1991, p. 252 et seq.).

⁸²¹ Cf. NORONHA, 2002, p. 185. Cf. também NORONHA, 1994, p. 225. Seguindo essa linha, cf. MANDELBAUM, 1996, p. 106.

⁸²² Com efeito, o autor assinala que as condições de justiça formal não se realizam, pelo menos, nos seguintes casos: (a) quando há vícios do consentimento ou incapacidades; (b) nos contratos iníquos, como os afetados por lesão ou estado de perigo (são “situações em que a relação de equivalência falta logo no momento da celebração do contrato”); (c) nos contratos padronizados e de adesão (“casos em que a situação de desequilíbrio entre as partes pode gerar, mas não produz necessariamente um contrato substancialmente injusto”). Neles não havendo a justiça formal, rompe-se a presunção de justiça substancial, então será sempre possível discutir a existência ou

Na realidade, entretanto, tem-se a prova incontestada de que as cláusulas injustas caminham lado a lado com os contratos padronizados e de adesão. Em regra, quando não há igualdade de oportunidade de fixação do conteúdo, mas predisposição unilateral, ainda que esteja “sujeito a modificações, segundo entendimentos prévios”⁸²³, o contrato continua sendo de adesão e o resultado fica sem a presunção de justiça substancial, ou até sob suspeita de injustiça, como deixa implícito a leitura do inciso I, do art. 54, do CDC. Porque mesmo que haja alguma inserção de cláusula no contrato padronizado, havendo desigualdade de poder de barganha, a negociação do conteúdo será ineficaz e o contrato continuará sendo “de adesão”.

Portanto, quando falham as razões em que se baseia a presunção, ou seja, quando não se reúnem as condições da justiça formal — porque uma das partes não se encontra em total liberdade, responsabilidade, plenamente esclarecida e em pé de igualdade — também o equilíbrio não pode ser presumido. Ora, é isso o que acontece nos contratos padronizados e de adesão⁸²⁴. Nesses contratos, em que não existe justiça procedimental ou justiça formal, uma vez que não é mantida a integridade do princípio da autonomia privada no sentido do igual direito, não pode haver presunção de equilíbrio quanto ao resultado. Em outras palavras, “não existindo prévia negociação sobre o conteúdo contratual ou sendo ela ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, como pressuposto pela justiça formal”, na expressão feliz de Fernando Noronha⁸²⁵.

Diante dessas considerações, mesmo em contratos padronizados e de adesão não de consumo deve-se considerar irrelevante qualquer invocação do princípio da autonomia privada e do “*pacta sunt servanda*” pela parte predisponente. Pois também neles não há igualdade de oportunidades e eles têm se revelado campo fértil para a proliferação de cláusulas abusivas.

Nas hipóteses em que estiver em causa um contrato padronizado e de adesão, não se pode atribuir maior peso ao princípio da autonomia privada, em detrimento do princípio do equilíbrio contratual. O dar um peso maior ao princípio da autonomia privada, sobrepondo-o ao da justiça contratual, nos contratos padronizados e de adesão, conduz a uma ofensa de outro princípio cardinal do ordenamento jurídico, que é o *princípio da igualdade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Designar peso maior à “liberdade

não de equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (cf. NORONHA, 1994, p. 226-227). Ainda, durante a relação contratual pode haver a quebra da justiça substancial no caso de fatores supervenientes que acabem gerando desproporção entre prestação e contraprestação: são as situações em que se apela para a chamada onerosidade excessiva e para a correção monetária (cf. NORONHA, 2002, p. 185-186).

⁸²³ A despeito do que decidiu o Supremo Tribunal Federal. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, p. 253-263, abr./jun. 2000. p. 259).

⁸²⁴ Cf. NORONHA, 2003, p. 33 e 328.

⁸²⁵ NORONHA, 1991, p. 347; 260 e 286 et seq.

contratual”, naqueles contratos, em última instância significa tratar os contratantes como iguais em autonomia privada, quando, em realidade, eles são desiguais. O Direito não pode dar proteção apenas à autonomia privada da parte mais forte.

Por outro lado, o princípio do equilíbrio contratual atua na mesma perspectiva da integridade do princípio da autonomia privada, no sentido da universalização da igual liberdade contratual, pois possui uma *dimensão formal* estreitamente relacionada à igualdade no processo de negociação. Como ressalta Paulo Netto Lôbo, o princípio da equivalência material, sob o aspecto subjetivo, requer do juiz que investigue a desigualdade real dos poderes negociais, para levar em consideração a vulnerabilidade da parte fraca, que, aliás, é legalmente presumida em favor do aderente.⁸²⁶

Assim, a igualdade das partes na ordem jurídica, no âmbito das relações de Direito Privado, ao contrário da concepção clássica, “traduz-se pela idéia de que a lei deve assegurar aos menos providos de recursos econômicos as condições necessárias para entabularem entendimentos com os mais providos”, como assevera Fábio Ulhoa Coelho⁸²⁷. Portanto, as diferenças não podem mais ser ignoradas, pois elas desencadeiam a prevalência dos interesses dos economicamente mais fortes. Para tratar de maneira isonômica as pessoas privadas, na atualidade, é preciso outorgar privilégios e reconhecer preferências aos economicamente mais fracos, a fim de que possam negociar em condições equitativas⁸²⁸.

Uma intervenção judicial no contrato, para assegurar o equilíbrio, desde que solicitada pela parte aderente que se sentir prejudicada, definitivamente não cria nenhum risco de suprimir a liberdade das partes e não anula o princípio da autonomia privada. Tal intervenção apenas afasta aquela dimensão clássica do princípio, relativa à obrigatoriedade do pactuado, porque nas situações de vulnerabilidade, como a dos contratos padronizados e de adesão, tal princípio não é atendido com igualdade de chances no momento constitutivo do contrato. Assim, também não pode servir como suporte à intangibilidade contratual, em vista da manutenção de expectativas do predisponente.

⁸²⁶ Nesse sentido, segundo Paulo Luiz Neto Lôbo, o princípio da equivalência material abrange o princípio da vulnerabilidade. “O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte”. Afirma ainda o prestigiado autor: “O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levam a onerosidade excessiva para uma das partes” (LÔBO, 2002, p. 192).

⁸²⁷ COELHO, 1994, p. 144.

Em questões judiciais relativas a cláusulas de contratos padronizados e de adesão, a desconsideração do princípio da autonomia privada, na dimensão clássica, e a prioridade do princípio da justiça contratual são fundamentais para preservar, ainda que tardiamente, além do equilíbrio contratual, a própria autonomia da parte fraca.

d) A tensão entre o princípio do equilíbrio contratual e outros princípios

Como frisado anteriormente, no tratamento dos casos concretos os juízes devem considerar todos os princípios com o mesmo peso nas situações de contratação negociada, procurando manter o difícil equilíbrio entre eles. Nas hipóteses de contratos padronizados e de adesão já existem, em princípio, elementos externos que direcionam todos os princípios para uma tomada de posição em favor da proteção do contratante mais fraco, possibilitando a revisão contratual e a nulificação de cláusulas abusivas.

Nos contratos padronizados e de adesão, nem mesmo o princípio da boa-fé, com sua exigência de manter a segurança das transações, poderá ser erigido a um peso mais alto que o princípio do equilíbrio. Aliás, nesses casos, ambos os princípios atuam no mesmo sentido, porque, em nome da segurança, não se justifica a manutenção da disparidade e desequilíbrio contratual em favor da parte mais forte. “A proteção da confiança, como disse, não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objetivamente justificada”, ressalta Larenz⁸²⁹. Mesmo com os casos ultimamente decididos em favor dos mais fracos, quem ainda “confia em que subsiste a possibilidade de acordar uma cláusula nas condições gerais do negócio jurídico, que, com frequência, comporta injustiças e, por isso, já desde algum tempo a considera problemática, não merece essa proteção”. Nesse caso, “tinha que contar também com a possibilidade de um tribunal negar a validade a essa cláusula pela via de um controle do conteúdo”⁸³⁰. Significa que o princípio da confiança encontra limites em si mesmo, garantindo a prioridade do princípio do equilíbrio contratual.

Pode-se dizer, com Fernando Noronha, que “as considerações de justiça substancial combinam-se com as necessidades de tutela da boa-fé do próprio aderente, que tinha o direito de acreditar que a outra parte

⁸²⁸ COELHO, 1994, p. 144.

⁸²⁹ Cf. LARENZ, 1997, p. 603-604.

⁸³⁰ Cf. LARENZ, 1997, p. 605.

respeitava os padrões de correção e lealdade exigíveis”⁸³¹. Desse modo, em última instância, os dois princípios acabam se unindo para atuar no mesmo sentido, em favor do contratante mais fraco. Aliás, essa mesma conclusão se extrai numa visão ampliada, considerando toda a ordem jurídica.

Quando há mais de um princípio adequado para a decisão, a interpretação melhor é aquela que está apoiada numa teoria de justiça substantiva, ou no princípio mais sólido de justiça. Nessa apreciação mais geral da ordem jurídica, em apoio à prevalência do princípio do equilíbrio contratual para a análise de contratos padronizados e de adesão, aflora a tendência socializante em favor de princípios que beneficiem os mais fracos⁸³². Há apoio não somente dos princípios gerais dos contratos, tomados do Direito Privado, como o da boa-fé e da função social do contrato, mas, especialmente, há amparo em princípios constitucionais, como o do valor social da livre iniciativa, o da igualdade substancial, o da justiça social, etc., como adiante se verá.

A análise da situação fática da contratação padronizada e de adesão reúne todos os pressupostos para estabelecer a relação de “precedência condicionada”⁸³³ do princípio do equilíbrio contratual sobre os outros princípios gerais dos contratos que porventura tenham uma leitura favorável aos mais fortes. De outra parte, também permite estabelecer uma relação de unidade com outros princípios, em dimensões ou leituras que beneficiam os mais fracos. A coerência com esse raciocínio possibilita dizer que, quando estiver em causa um conflito sobre cláusulas em contrato padronizado e de adesão, o juiz está autorizado pelo ordenamento jurídico a fazer a verificação da resultante obtida no conteúdo do contrato, para eventual nulificação de cláusulas que aporquem desequilíbrio contratual.

e) A precedência do princípio do equilíbrio nos contratos padronizados e de adesão

Cabe averbar, com toda ênfase, que somente naqueles contratos paritários, negociados, em que as cláusulas não estão predispostas e em que existe igualdade de poder negocial, é que poderá se atribuir peso e consideração ao princípio da autonomia privada. Vale dizer, apenas nesses casos é que o juiz poderá realizar seu

⁸³¹ NORONHA, 1991, p. 287; cf. também NORONHA, 2002, p. 187.

⁸³² Isaiah Berlin ressalta com propriedade: “R. H. Tawney nos faz lembrar de maneira correta que a liberdade do forte, seja seu poder físico ou econômico, deve ser restringida. Essa máxima exige respeito, não como consequência de uma regra apriorística segundo a qual o respeito pela liberdade de um homem logicamente redundaria no respeito pela liberdade de outros como ele, mas simplesmente porque o respeito pelos princípios de justiça ou a vergonha pela acentuada desigualdade de tratamento é tão básico no homem como o desejo de liberdade” (BERLIN, 1981, p. 168).

juízo de princípios, incluindo aí o princípio da autonomia privada. E com uma advertência, que distingue o procedimento atual daquele da concepção clássica: tal princípio terá que entrar para a ponderação como mandamento de igual valor posicional para estabelecer a relação de “precedência condicionada” - ou a “interpretação construtiva” - com os demais princípios.

Por outro lado, diante de conflitos sobre cláusulas, envolvendo contratos padronizados e de adesão, a teoria que o juiz construir em busca da segurança e correção da decisão terá que dar relevância, na dimensão interna, a princípios que favoreçam a proteção dos mais fracos, e, na dimensão externa, à argumentação que realce a desigualdade de poder negocial entre as partes. Isso se justifica tanto pela coerência do sistema de princípios, como pela correção em relação ao caso concreto, porque nas situações onde há padronização e adesão, a contratação já nasce com a pecha de injustiça formal ou de ofensa à autonomia privada com igualdade de chances.

Como ensina Ruy Rosado de Aguiar, continua a ser verdadeiro que o contrato é uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor de seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade ou injustiça. “O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença”⁸³⁴.

Significa que, diante da pretensão da parte fraca, o juiz, a fim de recuperar a “integridade de princípio” que foi ofendida no momento constitutivo do contrato, deverá fazer a verificação do conteúdo substancial do contrato, avaliar sobre a modificação ou revisão contratual, indagar sobre o equilíbrio contratual e eventualmente declarar a nulidade de cláusulas abusivas, a despeito do princípio da autonomia privada.

Afinal, um princípio que de antemão só pode ser desenvolvido em sua inteireza por uma das partes, como ocorre com o princípio da autonomia privada nos contratos padronizados e de adesão civis, empresariais e consumeristas, parece evidente que, nesses casos concretos, deverá estar *prima facie* afastado, para a sustentação de uma argumentação não-dissimulada que possa garantir a “integridade do direito”.

Vale dizer, em primeira linha, nos casos concretos de conflitos sobre cláusulas, em contratos padronizados e de adesão, o princípio da autonomia privada contratual não pode ter o mesmo peso que os outros princípios. A precedência é do princípio da justiça contratual. Só assim os juízes poderão obter, em alguma

⁸³³ A expressão é de Robert Alexy (ALEXY, 1993, p. 89).

medida, a “aceitabilidade racional” do juízo, por meio de argumentos angariados na realidade da contratação efetivada entre pessoas desiguais, os quais possibilitam resgatar a pretensão de legitimidade do direito, sem que a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção.

4.2.3 O princípio da boa-fé e seu âmbito de aplicação no controle das cláusulas abusivas

a) Considerações gerais sobre o princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé, desde há muito, bem antes do Código Civil de 1916, estava presente no ordenamento jurídico brasileiro, na sua função interpretativa. Na regra do art. 131, alínea 1, do antigo Código Comercial de 1850, afirmava-se: “A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Contudo, era muito pouco reconhecido como suporte hermenêutico para auxiliar na interpretação dos contratos, conforme determinava o preceito citado. Como assinalou Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esse preceito “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação dos tribunais”⁸³⁵.

Com muita lentidão a jurisprudência e a doutrina, especialmente na Alemanha, passaram a incorporar um conteúdo substancial ao princípio da boa-fé. Aos poucos houve a compreensão da destinação econômica e *social* do exercício dos direitos subjetivos inerentes ao contrato; a noção de relação obrigacional complexa e dinâmica⁸³⁶; e o entendimento de que essa relação é integrada não apenas pela declaração de vontade e pela lei, mas por fatores que a norteiam em nível superior, formando uma teia de princípios. Nota-se que isso possibilitou o desenvolvimento da noção objetiva da boa-fé, como limite ao exercício dos direitos subjetivos, tidos como absolutos e imutáveis⁸³⁷.

Modernamente, após longo processo de evolução da teoria contratual, o princípio da boa-fé, na sua concepção objetiva⁸³⁸, é aceito por muitos autores como máximo balizador do Direito Contratual, capaz de

⁸³⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 45.666-5-SP — 94.7914-1, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.05.94; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, p. 177-181, jan./mar. 1996. p. 179-180.

⁸³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, abr./jun., p. 20-27, 1995. p. 21.

⁸³⁶ Cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 382 et seq.

⁸³⁷ Cf. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 801, p. 11-29, jul. 2002. p. 21.

⁸³⁸ Segundo Fernando Noronha a boa-fé objetiva “consiste no dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos da lisura e lealdade. São eles que traduzem a confiança indispensável à vida de relação

estabelecer um “novo paradigma” nas relações contratuais⁸³⁹. O delineamento de sua configuração na doutrina é riquíssimo; às vezes se dá uma elasticidade tão ampla que através dele “os chamados ‘operadores’ do Direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores”⁸⁴⁰.

O princípio da boa-fé informa que a parte deve agir de acordo com a confiança, lealdade, correção, lisura, cooperação, para não frustrar as expectativas da contraparte. Esse princípio é essencial na vida dos negócios para a segurança das relações e para a manutenção da confiança. Auxilia também para que não haja a necessidade de uma legislação pormenorizada, na medida em que cria deveres secundários ou anexos. A boa-fé deve estar presente em todas as fases do contrato: antes da relação (pré-contratual), durante o desenvolvimento (contratual e supra-contratual) e após a execução (pós-contratual)

Com a preocupação em conferir simultaneamente flexibilidade e segurança jurídica, aponta-se que o princípio da boa-fé possui três funções básicas: *função interpretativa* (ajuda a determinar o sentido das estipulações); *função integrativa* (possibilita explicitar deveres fiduciários ou anexos); *função de controle* (marca os limites que o credor tem a faculdade de exercer)⁸⁴¹. A base legal dessas funções pode ser observada, respectivamente, nos arts. 113, 422 e 187 do Código Civil de 2002, conforme designado no primeiro capítulo.

A boa-fé objetiva será verificada em contraste com um patamar geral de atuação do homem médio, daquele que agiria de maneira normal e razoável naquela situação em causa⁸⁴². É através do estudo do litígio concreto, da comparação de casos similares, da sua dogmatização e sistematização subsequente, que se forma a base essencial da investigação sobre a boa-fé em sentido objetivo⁸⁴³. Por isso, não se levam em consideração os aspectos subjetivos relativos ao estado psicológico ou à consciência do real teor da declaração de vontade.

A função integradora da boa-fé serve para revelar uma série de deveres anexos de lealdade, cooperação, cuidado, etc. Os deveres de lealdade e cooperação impõem ao predisponente, entre outras coisas, a

e ao intercâmbio de bens e serviços, de que os contratos são instrumentos jurídicos. A boa-fé objetiva contrapõe-se à subjetiva, que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa” (NORONHA, 1994, p. 18). Para Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva significa “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, 1998, p. 107).

⁸³⁹ Cf. NOVAIS, 2001. p. 17-54, p. 22 et seq.

⁸⁴⁰ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 140-164, 1992. p. 148. Edição Especial.

⁸⁴¹ Para um estudo das três funções da boa-fé, cf. NORONHA, 1991, p. 141- 233; cf. NORONHA, 1994, p. 151; e, mais recentemente, cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 427-472.

⁸⁴² MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, n. 64, p. 35-77, jul. 1995. p. 55.

obrigação de redigir as cláusulas contratuais em textos de forma clara e precisa, com destaque de eventuais cláusulas limitativas de direitos do aderente⁸⁴⁴. O dever de cooperar e agir com lealdade implica não obstruir ou impedir; impõe evitar inviabilizar ou dificultar a atuação do contratante, quando este tenta cumprir com as suas obrigações contratuais⁸⁴⁵. O dever anexo de cuidado traz, entre outras exigências, a imposição da obrigação acessória de preservar o co-contratante de danos à sua integridade pessoal (física e moral) e também à integridade de seu patrimônio⁸⁴⁶.

Na função de limite ao exercício de direitos, a boa-fé serve como suporte à determinação da regularidade e licitude do comportamento do contratante. Como já visto, na concepção objetivista do abuso de direito, basta caracterizar-se “a contrariedade ao direito, isto é, a *antijuridicidade*”⁸⁴⁷. Um dos critérios para constatar o abuso de direito é fornecido pelo princípio da boa-fé, que exige de cada parte, no exercício de seus direitos, que aja com *moderação*. Para a violação de um dever de agir de conformidade com a boa-fé basta o desvio da finalidade, independentemente do propósito de prejudicar⁸⁴⁸.

A função de limite da boa-fé interessa especialmente no controle das seguintes categorias de exercício abusivo de direitos: (a) exercício desleal de direitos; (b) desleal não exercício de direitos; (c) desleal constituição de direitos. As mais importantes são as formas abusivas conhecidas como exercício desequilibrado de direitos; frustração da confiança criada em terceiros; *venire contra factum proprium*; abuso de invalidade por motivos formais, entre outros. Não cabe aqui entrar em detalhes sobre esse assunto⁸⁴⁹.

Alguns vão mais longe e designam como função do princípio da boa fé a manutenção do equilíbrio econômico e do equilíbrio do conjunto de direitos e obrigações do contrato. O princípio da boa-fé aparece constantemente identificado com o teor normativo próprio do princípio da justiça contratual, no sentido de busca do equilíbrio das prestações⁸⁵⁰.

⁸⁴³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 43.

⁸⁴⁴ MARQUES, 1995, p. 60.

⁸⁴⁵ MARQUES, 1998, p. 113.

⁸⁴⁶ MARQUES, 1995, p. 61.

⁸⁴⁷ NORONHA, 1994, p. 169-170.

⁸⁴⁸ NORONHA, 1994, p. 173-174.

⁸⁴⁹ Cf. NORONHA, 1991, p. 202 et seq.

⁸⁵⁰ Alguns autores confundem o princípio da boa-fé, afirmando que ele serve como fundamento de outros princípios que seria melhor ter como autônomos. Por exemplo, Carlos Alberto Goulart Ferreira assinala que: “Da boa-fé decorrem, também, princípios fundamentais da ordem jurídica, como os de justiça distributiva e de bem-estar social, que traduzem a idéia de equilíbrio que deve ser mantido numa relação contratual” (FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 57-148. p. 105; cf. também MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 307-324. p. 318.

Outros, ainda, vêem a boa-fé como justificadora da vedação do aumento arbitrário do lucro e visualizam uma aplicação dela no controle da lesão. Como explica Márcio Mello Casado, “se a parte economicamente superior age de uma forma que denote uma influência indevida, ou melhor, um abuso do seu poder, é óbvio que ela não está pautando sua conduta de acordo com a boa-fé”⁸⁵¹. Enfim, a doutrina atribui um papel fundamental ao princípio da boa-fé não só no controle da lesão e da onerosidade excessiva superveniente, como também das cláusulas abusivas.

Contudo, diferentemente dessa linha de pensar, acredita-se que o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual está no mesmo nível de concretização que o princípio da boa-fé. Ambos são princípios de conteúdo próprio e âmbito diverso de aplicação⁸⁵².

Sabe-se, entretanto, que no caso do controle das cláusulas abusivas, é difícil fixar um campo preciso de atuação de cada um desses princípios. Isso ocorre precisamente porque as várias vertentes de exigências principiológicas acabam se encontrando em alguns momentos. No fundo, porque o princípio da boa-fé e o do equilíbrio contratual, enquanto comandos deontológicos, carregam implicitamente em sua função negativa a exclusão dos valores a eles contrapostos, como é o caso das cláusulas abusivas. Mas, a identificação do espaço mais adequadamente coberto por cada princípio é importante a fim de manter as vicissitudes particulares e a máxima realização de cada um.

b) O princípio da boa-fé e as cláusulas abusivas

Em primeiro lugar, cabe destacar uma das características essenciais atribuída atualmente ao princípio da boa-fé, cujo teor incide diretamente sobre o exame da legitimidade das cláusulas contratuais. Uma parte autorizada da doutrina concede ao princípio da boa-fé uma função que na concepção liberal era atribuída ao princípio da autonomia privada contratual. Verifica-se que a segurança dos negócios, essencial para o funcionamento da economia, depende da relação de confiança. Por isso “quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito”⁸⁵³.

Assim, quando não há tal legitimidade, porque as cláusulas resguardam alguma espécie de quebra da relação de lealdade, cooperação, ou outras condutas exigidas pela boa-fé, não se justifica a manutenção da

⁸⁵¹ Cf. CASADO, Márcio Mello. A vedação do aumento arbitrário do lucro. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 95-109, abr. 1998. p. 96 et seq.

⁸⁵² Cf. NORONHA, 2002, p. 186 et seq.

rigidez da obrigatoriedade dos termos pactuados. Esse é um dos aspectos desse princípio que interessa para o controle das cláusulas abusivas. Uma vez caracterizado o desequilíbrio contratual não se justifica manter a “segurança” exigida pela boa-fé.

Na matéria relativa às cláusulas abusivas, o princípio da boa-fé é essencialmente importante em duas ocasiões. Em primeiro lugar, a boa-fé é importante a fim de determinar o sentido a atribuir às cláusulas contratuais, ainda antes de poderem ser qualificadas como abusivas. E, num segundo instante, quando após determinado o sentido da cláusula, se puder afirmar que ela atribui a uma das partes vantagens incompatíveis⁸⁵⁴.

Nessa segunda ocasião, o princípio da boa-fé será invocado especialmente no controle das chamadas cláusulas-surpresa. Conforme define Fernando Noronha, as cláusulas-surpresa são “aquelas que têm uma ‘aparência de legitimidade’, mas guardando um ‘sentido oculto’ e nocivo para o aderente, que em regra só poderá ser notado quando posto em correlação com outras cláusulas”⁸⁵⁵.

As cláusulas-surpresa são assim designadas porque acabam surpreendendo o aderente, que não queria contratar, nem teria contratado daquela maneira se soubesse ou fosse alertado sobre o alcance das cláusulas a que aderiu. São estipulações que aparentemente possuem um determinado conteúdo para o aderente, mas que, durante ou após o desenvolvimento do contrato, revelam uma eficácia totalmente diversa daquela desejada por ele.

Em geral, essas cláusulas são utilizadas na contratação com ofensa a algum dos deveres fiduciários ou anexos. É o que acontece, por exemplo, quando a colocação da cláusula contratual e a assinatura ou a adesão verbal do contrato ocorrem com ofensa a deveres de informação, como o dever de advertência, de esclarecimento e de conselho, ou com ofensa a deveres de lealdade, que obrigam as partes a se absterem de ações que possam “falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”, como deixa claro o CDC no seu art. 39, VI, e art. 42. Certamente, nesses casos, a parte mais fraca só saberá do verdadeiro alcance da cláusula após aderir ao contrato.

Como lembra Georges Ripert, “hábeis no emprego das formas técnicas, os homens sabem utilizá-las para os seus fins e dar-lhes a aparência de exercer uma atividade irrepreensível”⁸⁵⁶. Por isso, o desequilíbrio contratual facilmente pode encontrar-se dissimulado em cláusulas-surpresa. Nesses casos, além da ofensa ao princípio da justiça contratual, também há ofensa ao princípio da boa-fé, autorizando assim o controle das cláusulas abusivas.

⁸⁵³ NORONHA, 1994, p. 147-148.

⁸⁵⁴ Cf. NORONHA, 1991, p. 349-350.

⁸⁵⁵ NORONHA, 1991, p. 354.

4.2.4 A função social do contrato e o controle das cláusulas abusivas

a) Considerações gerais sobre a função social do contrato

O Código Civil dispõe no seu art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Era uma preocupação antiga do legislador positivizar a função social no Direito Privado, estando presente no art. 5º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil, nº 4.657/42), que preceitua: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A Constituição também já a previa implicitamente, junto à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, 186, 182, § 2º e 170, III) e ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV).

Aliás, independentemente de previsão legislativa anterior, ao contrário do que se pensava e alguns ainda pensam, “o contrato, assim como a propriedade, possui uma função social, que lhe é inerente”⁸⁵⁷. Por isso, a função social nunca pode, absolutamente, deixar de ser observada, porque assim como todo Direito, o Direito dos Contratos pode ter uma função individual, mas existe desde sempre para e pela sociedade⁸⁵⁸. O que ocorreu agora foi a sua positivação, no Código Civil, como limite à liberdade contratual no âmbito na Teoria Geral dos Contratos; com isso recebeu novo ânimo. Porém, enquanto princípio, sempre existiu, independentemente de lei, de modo subjacente no ordenamento, dispensando referência expressa⁸⁵⁹.

A questão é que antes, numa concepção eminentemente individualista, de forma errônea se achava que só o respeito à iniciativa privada, com liberdade ilimitada, é que poderia assegurar a prosperidade e a harmonia do exercício dos direitos subjetivos com o interesse comum. Por diversos fatores, entretanto, essa concepção foi ultrapassada. Hoje existe uma nova visão sobre como devem aperfeiçoar-se as relações humanas, para que se desenvolva a harmonização entre a autonomia do indivíduo e a sua conformação com os interesses maiores da sociedade⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ Cf. RIPERT, 2002, p. 25.

⁸⁵⁷ Cf. HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 12, n. 45, 141-152, jul./set. 1988. p. 147.

⁸⁵⁸ Alguns ainda afirmam que a diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica que é sua destinação econômica e social (cf. FERNANDES NETO, 1999, p. 75).

⁸⁵⁹ Cf. NORONHA, 1994, p. 83; cf. também NORONHA, 1991, p. 99 et seq.

⁸⁶⁰ Mário Aguiar Moura notava, em 1987, que a “mística” do querer individual na constituição livre do contrato e de seus efeitos já há anos vinha sendo questionada. O primeiro embate entre a concepção liberal e a tendência

Concebido quase como um preâmbulo⁸⁶¹ e colocado no pórtico da disciplina contratual, o princípio da “função social do contrato” está aberto a receber múltiplas finalidades e diferentes concretizações, pelo seu grau elevadíssimo e de índole muito geral⁸⁶². “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Essa norma é designada como “cláusula geral”⁸⁶³ pela sua flexibilidade⁸⁶⁴ e vagueza semântica ínsita, que encerra simultaneamente a possibilidade de mobilidade do Direito e a impossibilidade de ser precisada e enunciada, a menos que se cuide de caso concreto e específico⁸⁶⁵. Cumpre ressaltar que, nesse sentido, não se confunde com o princípio. Ao designar “cláusula geral” quer-se referir apenas à “técnica legislativa que procura descrever em termos de grande generalidade os pressupostos que são normados”⁸⁶⁶, isto é, inclui-se entre as “normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de ‘generalidade’”⁸⁶⁷.

Segundo a conotação que lhe atribuir a doutrina e a jurisprudência, a leitura do princípio da função social do contrato pode, seguramente, instrumentalizar a restrição e a regulação do princípio da liberdade contratual em coeficientes ainda não concebidos. É possível alargar a dimensão interventora para níveis ora não alcançados pelo próprio regime estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Tornar funcional o contrato, na *diretriz da socialidade*, abre um espaço privilegiado para o juiz examinar a contratação em várias dimensões e numa extensão sempre indeterminada. Daí a razão para se indagar sobre a possibilidade de aplicar esse princípio no controle das cláusulas abusivas dos contratos civis e empresariais.

Fernando Noronha assinala que a função social do contrato engloba tanto “valores maiores da sociedade, supracontratuais”, como também aqueles do âmbito “*estritamente contratual* (ou *intracontratual*)”. As partes deverão cooperar, para que, na realização dos seus interesses, sejam respeitados os recíprocos

socializante da contemporaneidade ocorreu em relação à propriedade. O autor afirmava que, atualmente, não existem mais juristas que defendam o uso ilimitado do direito de propriedade, em vista de um alinhamento em prol de que a propriedade deve atender interesses coletivos, os fins sociais de seu uso. A partir dessa noção, ele compreendia que seria lícito esperar também a conformação do contrato aos interesses maiores da sociedade (cf. MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 630, p. 247-249, abr. 1988. p. 249).

⁸⁶¹ Cf. REALE, 1985, p. 8.

⁸⁶² Sobre a diferença de níveis de densidade e concretização dos princípios, cf. LARENZ, 1997, p. 674 et seq. Para verificar um exemplo dos níveis de concretização dos princípios, cf. CANOTILHO, 2002, p. 1159.

⁸⁶³ Cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 351.

⁸⁶⁴ Conforme Judith Martins-Costa, através da utilização de “cláusulas gerais” ocorre a flexibilização do Código, contribuindo para a sua permanência e a formação de um sistema jurídico “aberto”. As cláusulas gerais, “pelas peculiaridades de sua formação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos” pelos juízes (cf. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, jun. 1992. p. 50 et seq.).

⁸⁶⁵ Cf. SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, RT, p. 09-37, abr./jun. 2002. p. 18-20.

⁸⁶⁶ Cf. NORONHA, 2002, p. 178.

⁸⁶⁷ Cf. MARTINS-COSTA, 2000, p. 329; cf. também MARTINS-COSTA, 1998, p. 27 et seq.

interesses, e ainda para que, transcendendo a esfera dos interesses das partes intervenientes, não sejam afetados valores maiores da sociedade⁸⁶⁸.

Na mesma linha, Junqueira de Azevedo ressalta que o princípio da função social é “destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica”. Sua finalidade assume duas dimensões: “visando impedir tanto aqueles que prejudicam a coletividade”, “quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”. O princípio da função social porta a exigência de um comportamento socialmente adequado⁸⁶⁹.

É por essas características que, enquanto princípio, a “função social do contrato” possui uma densidade de princípio geral, permeável em nível suficiente para acolher, pelo menos em parte, a concorrência da noção carregada por outros princípios, como o da autonomia privada, o da boa-fé, o do equilíbrio contratual e outros valores supracontratuais. Talvez se pudesse encontrar, na realização ótima do princípio da função social, o ponto de equilíbrio e a harmonia entre todos os princípios.

Entre outros requisitos, um contrato somente atende à função social se, no seu desenvolvimento, preservar a integridade do princípio da autonomia privada para ambos os contratantes. Nessa linha, ainda que seja um tanto utópico, a doutrina tem buscado aproximar a leitura da função social do contrato, sob o aspecto coletivo, ao significado da universalização do igual direito à liberdade contratual. Afirma-se que, acima dos interesses particulares, importa “igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos”⁸⁷⁰.

Igualmente, um contrato somente acolhe as exigências da função social quando está consubstanciado em lealdade e cooperação, bem como quando está garantida a segurança dos negócios e as expectativas criadas pelas declarações de vontade. Essas são também exigências próprias do princípio da boa-fé.

De outra parte, a função social, precisamente por visar atender o caráter “social”, o “bem comum”, o “interesse geral”, resta evidente que objetiva garantir o equilíbrio dos pactos e a relação de paridade entre direitos e obrigações das partes. Se o contrato visa a realização de interesses sociais, não se vê nele possibilidade de tutelar pretensões de um contratante que, considerando apenas o seu interesse, representem sacrifício

⁸⁶⁸ Cf. NORONHA, 2002, 190-192.

⁸⁶⁹ Cf. AZEVEDO, 1998, p. 116 et seq.

⁸⁷⁰ HIRONAKA, 1988, p. 141. Com enfoque semelhante, enfatiza Carlos Alberto Goulart Ferreira que a “idéia de ‘igual dignidade social ou de igual liberdade para todos’ leva à conclusão de que o contrato, instituto outrora concebido de maneira individualista, passa a exercer na sociedade uma ‘função social’ [...]” (FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 112). No mesmo rumo, Antônio Jeová Santos assinala: “O contrato não pode ser reduzido a simples operação econômica, em que o automatismo e a rapidez — essa insustentável tirania da velocidade — impedem que na celebração de contratos haja a efetiva outorga de consentimento. É chegada a hora de conferir certa dose de sensibilidade e considerar os contratos em sua função social que consiste basicamente, em obstar que o mais fraco, premido pelas circunstâncias, se veja obrigado a aceitar o que o mais forte lhe impõe”

manifestamente desproporcional dos interesses da outra parte⁸⁷¹. Nesses casos, entramos em terreno próprio do princípio da justiça contratual⁸⁷².

Nesse sentido, recentemente alguns autores vêm enfatizando, tal como Luiz Guilherme Loureiro, que com a positivação da função social do contrato “procura-se assim, assegurar não a formal, mas a efetiva igualdade das partes nos contratos para que não haja exagerada vantagem de uma das partes em detrimento de outra(s)”. Ressalta o autor:

A função social do contrato, conseqüentemente, é velar pela equitativa distribuição de riquezas, de forma a assegurar que o patrimônio inicial das partes por ocasião da celebração da avença não seja afetado de forma desproporcional por força do cumprimento do contrato. O contrato não deve representar fonte de enriquecimento sem causa ou violar as noções básicas de equidade. Seu papel fundamental é assegurar a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas, sempre de forma a favorecer o progresso social, evitando o abuso do poder econômico e a relação desigual entre os co-contratantes⁸⁷³.

Além disso, na dimensão supracontratual, a otimização do princípio da função social possibilita incorporar as demandas próprias da máxima do “bem comum”, na medida em que se busque a “função social global” “como meio de partilha justa dos bens, de uma constituição patrimonial justa e como uma garantia da existência”⁸⁷⁴.

Portanto, a função social do contrato não deve servir só para estimular o progresso material, mas sobretudo deve contribuir para instigar a valorização do ser humano⁸⁷⁵. Por isso, não podem ficar fora do conceito de função social do contrato as questões relacionadas com a dignidade da pessoa humana, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais, cabendo ao magistrado, no caso concreto,

(SANTOS, Antônio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 146).

⁸⁷¹ Cf. NORONHA, 1991, p. 199.

⁸⁷² Paulo Nalin também comenta a proximidade entre função social do contrato e justiça contratual, destacando que, nessa relação, opera-se uma mudança no conteúdo da segurança jurídica. “Para cumprir o valor constitucional da solidariedade, isto é, para alcançar o contrato funcionalizado, são inadmissíveis efeitos contratuais que aniquilem uma das partes do contrato, que vulnerem um setor da cadeia de consumo, que distanciem as posições econômicas envolvidas”. Assim, a segurança jurídica contratual se posiciona, atualmente, no equilíbrio contratual (cf. NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 50-60, out./ dez. 2002. p. 60).

⁸⁷³ LOUREIRO, 2002, p. 52. Adiante, Loureiro assinala que “a inclusão do conceito de função social do contrato significa que o legislador pretende, sem prejudicar a autonomia da vontade, garantir o equilíbrio contratual e preservar o interesse da sociedade quando em contraste com interesse individual, tal como ocorre com a previsão da função social da propriedade”. E encerra: “A norma do art. 421 do novo Código torna explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, o que implica supremacia dos princípios da boa-fé e da equidade [...]” (LOUREIRO, 2002, p. 53).

⁸⁷⁴ Cf. WIEACKER, 1980, p. 720.

⁸⁷⁵ A função social do contrato aporta o personalismo, fazendo com que “o homem seja o eixo sobre o qual gravita todo o sistema jurídico” (SANTOS, A., 2002, p. 123 et seq.).

pautar-se por esses elementos supracontratuais, mensuráveis objetivamente por meio da jurisprudência⁸⁷⁶. Nesse campo alargado, o art. 421 do Código estaria albergando aspectos relativos à justiça social.

Em vista dessas considerações sobre a amplitude da função social do contrato, o seu exame exige também uma alteração do enfoque hermenêutico sobre a validade do contrato. Esta análise demonstra que sacrificar alguém individualmente é também ofender a sociedade⁸⁷⁷. O princípio da justiça contratual, quando ofendido no plano intracontratual, tem repercussões mais amplas na sociedade, por isso, é também uma ofensa à função social do contrato. Assim, ainda que a função social possa ser dividida entre uma, que visa atender à dimensão supracontratual, e outra, de abrangência intracontratual, ambas estão interligadas.

De outra parte, em decorrência da ligação de fundo existente entre o princípio da justiça contratual e a função social do contrato, é possível defender que as cláusulas abusivas, que se caracterizam propriamente pela ofensa ao princípio da justiça contratual, também ofendem o princípio da função social do contrato. Desse modo vale a pena examiná-lo um pouco mais.

b) A função social do contrato e as cláusulas abusivas

O Código Civil de 2002, ao declarar que o contrato deve ser instrumento de utilidade, tanto individual como social, já que a liberdade de contratar está subordinada à função social, conforme o art. 421, impõe que o contrato tem de se sujeitar à justiça comutativa. O contrato somente guardará sua força na medida em que seja justa a operação materializada no instrumento de contratação⁸⁷⁸. O despertar para a função social do contrato, tendo em vista a implementação da justiça contratual, é uma consequência da mutação de um sistema

⁸⁷⁶ Cf. SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 13, p. 99-111, jan./ mar. 2003. p. 110. Em sentido semelhante, João Hora Neto assinala que, para efetivar o princípio da função social do contrato enquanto “mandado de otimização”, à luz do Direito Constitucional, o contrato deverá fundar-se na simbiose de dois princípios: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o da livre iniciativa (art. 170, *caput*); outrossim, “servindo ao mesmo tempo como um instrumento de circulação de riquezas e um instrumento realizador do ideal de Justiça Social, basicamente tutelando à pessoa humana, que é o valor supremo da nossa Lei Maior” (cf. HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 14, p. 38-54, abr./jun. 2003. p. 44-45 e 47).

⁸⁷⁷ Conforme observa Comparato, a validade de um contrato não está sujeita apenas às exigências legais de “regularidade formal e estrutural do negócio jurídico”. Cumpre, sobretudo, perquirir os interesses concretos almejados pelos agentes, as finalidades visadas nos atos unilaterais ou colimadas pelas partes nos contratos, “para cotejá-los em seguida com a função social do instituto posto em atuação e os valores fundamentais da ordem jurídica”, porque a ortodoxia litúrgica das regras mascara o sacrilégio (cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 120-121).

que visava resguardar o patrimônio — independentemente da forma como era conseguido — para uma ordem jurídica preocupada com o “personalismo”⁸⁷⁹. Nesse sentido, o reconhecimento da função social do contrato no direito positivo corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do contratante débil contra o poder do mais forte.

Em outro aspecto, essa nova mentalidade que se incorpora não encarna qualquer prejuízo para a segurança jurídica das relações, representando apenas uma tentativa de unir a segurança e a justiça. Como assinala Jeová Santos, atendendo-se à função social do contrato, “a segurança e a justiça, em vez de se excluïrem, podem caminhar juntas na busca do ideal de atribuir a cada um aquilo que é seu”. O papel do juiz será importante para que a certeza e a segurança sejam incrementadas num ambiente de justiça contratual. Para harmonizar a tensão entre ambas, “o aspecto da segurança deve ser observado do ponto de vista da equidade”⁸⁸⁰.

Daí a conveniência de afirmar que o disposto no art. 421 do Código Civil abrigará muitos pedidos de revisão contratual independentemente de circunstância imprevisível, de redução da desproporcionalidade e de declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tornando débil a tão prolatada força obrigatória do contrato; porque uma leitura do contrato, sob o enfoque da função social, permite que o juiz não deixe, como dantes, que o resultado da negociação desponte como simples fruto do livre jogo das forças privadas atuantes na sociedade.

Como assinalou há muito tempo Mário Aguiar Moura, a exigência de conformação do contrato aos interesses maiores da sociedade demanda que

As partes que desejam inserir-se na relação contratual não podem mais exercitar o livre jogo de seus puros interesses. Importa adaptar o conteúdo dos contratos às exigências do bem comum, considerando-se perfeitamente legítima a interferência estatal para disciplinar e corrigir a vontade pessoal [...] com o propósito de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco⁸⁸¹.

A esse respeito, Judith Martins-Costa observa, com propriedade, que a “cláusula geral” da função social introduzida no Código Civil é “uma *condicionante* posta ao princípio da liberdade contratual”, com a conotação adjetiva de *limitação*.

⁸⁷⁸ Cf. SANTOS, A., 2002, p. 90-91.

⁸⁷⁹ Conforme Jeová Santos, em decorrência da mudança do patrimonialismo para o personalismo e a socialidade, o novo Código “visa, precipuamente, a justiça social, o equilíbrio nos negócios feitos diariamente e a busca inexorável e eficiente da proteção do mais fraco, do inexperto, de quem tem uma conduta leviana no ato de contratar, do necessitado, do homem que não pode se deixar engolir por outro mais astuto e esperto” (SANTOS, A., 2002, p. 126). Assim, segundo Jeová Santos: “Toda vez que um contrato for celebrado entre partes economicamente desiguais, como é o caso de uma empresa e um simples cliente ou, até, de uma multinacional e um empresário simples, será buscada a melhor interpretação que harmonize o útil e o justo, em detrimento da estreita literalidade que mata, corrói e corrompe” (SANTOS, A., 2002, p. 124).

⁸⁸⁰ Cf. SANTOS, A., 2002, p. 140.

⁸⁸¹ MOURA, 1988, p. 249.

Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art. 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade⁸⁸².

Segundo a autora, a função social do contrato contém uma “conotação substantiva” de “elemento integrante do conceito de contrato”, com um “valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas”. Vale dizer, “a *concreção especificativa* da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser constituída pelo julgador, a cada novo julgamento”. Por isso, encontram-se nesse princípio amplas possibilidades para que o juiz possa relativizar o “cânone fundamental da certeza jurídica”, em vista do “princípio superior da justiça material”⁸⁸³.

Eduardo Sens dos Santos já observou que o contrato deve, sempre que possível, e dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, atender de forma ótima à função social a que se destina. No exercício do direito de contratar, “qualquer atuação abaixo dessa baliza será considerada abuso de direito, porque extrapolará a função social que permeia a noção de contrato”. Desse modo, por exemplo, um contrato de financiamento agrícola deve procurar sempre ter em conta, da melhor forma possível, sua função social, que, no caso, pode ser a de desenvolver a agricultura de uma determinada região. Um contrato desse tipo, que contenha cláusulas abusivas, não cumpre com a função social, precisamente por não permitir o desenvolvimento da agricultura, aniquilando economicamente o agricultor⁸⁸⁴.

Dessas considerações cumpre concluir que o princípio da função social do contrato também serve para a análise e caracterização das cláusulas abusivas. Nos conflitos concretos, especialmente aqueles relacionados aos contratos padronizados e de adesão civis e empresariais, muitas cláusulas poderão ser questionadas caso não estejam atendendo à função social do contrato.

4.3 Outras considerações sobre os princípios fundamentais dos contratos

4.3.1 A “cláusula geral” de *ordem pública* e os princípios fundamentais dos contratos

⁸⁸² MARTINS-COSTA, 2000, p. 353; cf. também MARTINS-COSTA, 1998, p. 40-41.

⁸⁸³ MARTINS-COSTA, 2000, p. 354.

⁸⁸⁴ Cf. SANTOS, E., 2002, p. 31-32.

A *ordem pública*, designada normalmente na doutrina como “cláusula geral”, está no nosso ordenamento há muito tempo, por meio do art. 17 da LICC, regra de Direito Internacional Privado que retira a eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da *ordem pública*. Pelo Código Civil de 2002 ela passa a vigorar, expressamente, também nas relações internas, conforme designa categoricamente o parágrafo único do art. 2.035: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Antonio Junqueira de Azevedo adverte que “o problema real do conceito indeterminado de ordem pública existe quando se fala em ‘princípio de ordem pública’, e não em ‘regra’ de ordem pública”. Compreende que “a regra de ordem pública é a cogente, mas quando se fala em princípio, aí, não há definição e a tendência hoje é recusar esse emprego vago”. Em todo caso, distingue a “ordem pública de direção”, ligada a aspectos econômicos, própria da primeira metade do século passado, e a “ordem pública de proteção às pessoas mais fracas”, refletida em muitas normas cogentes. Nesse passo, aconselha que a ordem pública de direção, enquanto princípio, deve ficar limitada à dignidade humana. Assim, “quando alguma norma, alguma decisão, algum contrato quebra a dignidade humana, podemos dizer que quebra o princípio de ordem pública”. Entretanto, não se deve extravasar isso para uma ordem pública de ordem econômica⁸⁸⁵.

Ruy Rosado de Aguiar procura dar um significado que possibilite estender o âmbito de concretização da “ordem pública”, assinalando que o “seu conceito corresponde ao da ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normatizada pelo sistema jurídico”. Segundo o autor, o preceito de “ordem pública” é um *topos*, um lugar comum, que, na esteira de Tércio Sampaio Ferraz, serve de instrumento regulador para a aplicação do sistema, possibilitando “preencher normas, afastar algumas, adaptar outras, limitando ou estendendo direitos, equilibrando desigualdades”. Compreende que “não há uma norma que seja, por sua natureza, de ordem pública, mas o será aquela que permita aplicar outras normas, ou que realize um princípio ético que deva ser respeitado”⁸⁸⁶.

Nessa linha, Rosado de Aguiar considera que, através desse comando legal, é possível “a avaliação de cláusulas contratuais, afastáveis na medida em que forem contrárias à ordem pública”. O parágrafo único do

⁸⁸⁵ Cf. AZEVEDO, 2000, p. 17.

⁸⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 24.

art. 2035 do C.C. (2049 do Projeto) exemplifica como preceitos de ordem pública os estabelecidos pelo Código para assegurar a função social dos contratos⁸⁸⁷. Mas existem outros. Encerra o autor:

Assim, tenho que são de ordem pública os preceitos legais sobre a igualdade entre as partes e a equivalência entre as prestações, sendo contrárias a ela as cláusulas legais que dispõem sobre a isenção de responsabilidade do estipulante do contrato de adesão, a que dificulta sobretudo a defesa de um dos contratantes, a violadora da boa-fé objetiva, e assim por diante⁸⁸⁸.

Levando a cabo essa interpretação, torna-se cogente e não meramente dispositiva a obediência aos princípios fundamentais do Direito dos Contratos. Sendo considerados como de ordem pública, conforme designado pelo parágrafo único do art. 2035 do C.C., e valendo em todo o âmbito das relações obrigacionais, são inafastáveis pelo querer de ambos os contratantes, em todas as relações civis e empresariais. Além disso, será plenamente admissível ao juiz que os faça cumprir de ofício, pois as normas de ordem pública demandam obediência, independente do querer das partes.

Observe-se agora como a jurisprudência vem assumindo posições inovadoras no sentido abordado neste estudo.

4.3.2 Alguns julgados utilizando-se dos princípios fundamentais dos contratos

No desenvolvimento do Direito de acordo com um princípio, cabe demonstrar seu âmbito de aplicação e expressá-lo de modo convincente. Contribui para a comprovação do seu reconhecimento geral na consciência jurídica do momento apresentar uma série de casos onde tal princípio já serviu de base à jurisprudência, de modo que se tornou apto a converter-se em parte integrante do Direito atual⁸⁸⁹. É o que será visto agora.

Como o princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual é o princípio essencial no controle de cláusulas abusivas, procurar-se-á examinar a sua presença nas decisões judiciais. Efetivamente, o princípio da

⁸⁸⁷ Examinando o disposto no art. 2.035, parágrafo único, Antônio Jeová Santos assinala que “é óbvio que o pacto posteriormente ao Código Civil e que não obedeça ao seu fim social será tachado de nulo”. Desde que respeite o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (cf. SANTOS, A., 2002, p. 311 et seq.).

⁸⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 24.

⁸⁸⁹ Cf. LARENZ, 1997, p. 599-600. Seguindo a lição de Larenz, no próximo tópico ainda será visto que, para o desenvolvimento do direito a partir de princípios, é importante também a comprovação da sua compatibilidade com os princípios já reconhecidos, especialmente com os de escalão constitucional. Contudo, o próprio exame da jurisprudência já permite verificar que existe a compatibilidade do princípio da justiça contratual com os outros princípios fundamentais dos contratos.

justiça contratual é muito utilizado nos julgamentos para sustentar o controle de cláusulas abusivas. Ocorre que, muitas vezes, esse princípio não é enunciado explicitamente, mas continua servindo de maneira implícita. Algumas decisões, inclusive, só têm sentido juridicamente quando se verifica que o juízo está sustentado pelo princípio do equilíbrio.

Em decisão do STJ relativa a uma cláusula de decaimento, num conflito em contrato de compra e venda de unidade condominial, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o acórdão do Recurso Especial 60.065-SP, julgado no dia 15.08.1995, demonstra a amplitude de aplicação do princípio do equilíbrio contratual no controle das cláusulas abusivas, ao afirmar:

A circunstância de que uma ou outra cláusula tenha sido objeto de negociação não descaracteriza o contrato como sendo de adesão. De qualquer forma, a definição da natureza do contrato não é substancial para o exame da validade da cláusula, porque a sua nulidade também poderia ser reconhecida em contrato negociado, se evidenciado o desequilíbrio resultante de sua imposição⁸⁹⁰.

Nessa mesma decisão, o ilustre Ministro observa que tal cláusula de decaimento tem sido uniformemente rejeitada nos contratos de adesão, por significar o enriquecimento indevido de uma das partes. A extinção do contrato não exclui, por certo, a obrigação do devedor inadimplente de indenizar o credor pelos danos sofridos, mas “a prévia estipulação de que tais danos correspondem à totalidade das prestações pagas atenta contra o princípio da justiça material”⁸⁹¹. Assim, decidiu pela “procedência parcial da ação de restituição para condenar a empresa promitente vendedora à devolução de 80% das quantias recebidas”. Nesse julgado, pode-se notar que, inclusive na fixação do *quantum* da indenização, está subjacente o princípio do equilíbrio contratual.

Em decisão semelhante, também sobre a cláusula de decaimento das prestações pagas, em razão do descumprimento do contrato, proferida no Recurso especial 99.440, julgado no dia 15.10. 1998, o STJ afirma: “Cabe ao Juiz alterar a disposição contratual, para adequá-la aos princípios do direito das obrigações e às

⁸⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 60.065-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.08.95, DJ 02.10.1995. Jurisprudência do STJ: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <www.sjt.gov.br>. Acesso em 22.09.2003.

⁸⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 60.065-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.08.95, DJ 02.10.1995. Jurisprudência do STJ: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <www.sjt.gov.br>. Acesso em 22.09.2003. Em outro julgamento no mesmo sentido, o STJ emitiu a seguinte ementa: “CONTRATO DE COMPRA E VENDA. Resolução. Restituição. — Seja no sistema do Código Civil, seja no do Código de Defesa do Consumidor, a resolução do negócio leva à restituição das partes à situação anterior, nela incluída a devolução das parcelas recebidas pela vendedora, a quem se reconhece o direito de reter parte das prestações para indenizar-se das despesas do negócio e do eventual benefício auferido pelo comprador quando desfrutou da posse do imóvel” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 171.951 – DF (REG. 98 297847), 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.98, DJ 13.10.1998. Jurisprudência do STJ: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <www.sjt.gov.br>. Acesso em 22.09.2003.

circunstâncias do contrato”⁸⁹².

Noutro caso, relativo a cláusula abusiva em contrato firmado entre um citricultor e uma indústria, referida no Recurso Especial 256.456 – SP, julgado no dia 22.03.2001, o STJ julgou “que o contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranjas), ao lançar as despesas à conta de uma das partes, contém desequilíbrio não admitido na nossa legislação”⁸⁹³.

Essa decisão exemplifica ainda que, além das *cláusulas abusivas propriamente ditas* por ofensa ao equilíbrio contratual, também podem ocorrer *cláusulas-surpresa* por violação do princípio da boa-fé:

Esse contrato, bem como os anteriores, há muito refletem o evidente desequilíbrio econômico-financeiro entre as partes, obrigando o produtor a uma prestação muito desproporcional, excessivamente onerosa à contraprestação por parte das indústrias. Todavia, os citricultores não se deram conta desse fato no passado por escamoteado pelas cotações do suco concentrado de laranja, alcançadas na Bolsa de Mercadorias de Nova York, motivo pelo qual, na boa-fé (art. 131, “a”, do Código Comercial), na confiança de que os custos seriam ressarcidos pelo preço final, acabaram por firmar o contrato⁸⁹⁴.

O Tribunal de Justiça do Maranhão, na Apelação Cível 017001-99-1999, julgada no dia 24.04.2000, observou que as cláusulas abusivas na relação contratual são inválidas pela quebra do equilíbrio contratual, quebra essa que “normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados dos contratos”. Assim, decidiu: “É modificável o contrato bancário que possibilita o enriquecimento sem causa, em homenagem ao princípio da equivalência contratual”⁸⁹⁵.

O Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, aplicando de forma subjacente o princípio do equilíbrio contratual, decidiu, no Agravo de Instrumento n. 673.800-00/3, julgado no dia 14.02. 2001: “A cláusula de exclusividade nos contratos de fornecimento de derivados de petróleo, por si, não é inválida, somente sendo admissível que seja afastada se o revendedor provar prejuízo e desproporção entre os investimentos e a vantagem auferida pela distribuidora”. Entretanto, mesmo isso não tendo sido provado, examinados os argumentos de ambas as partes, o Tribunal concluiu que era “forçoso submetê-los aos princípios do direito

⁸⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 99.440 – SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.10.1998, DJU 14.12.1998, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 763, p. 163-165, maio, 1999.

⁸⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 256.456 – SP, 4ª Turma, Rel. Des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.03.2001, DJ 07.05.2001. Jurisprudência do STJ: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <www.sjt.gov.br>. Acesso em 20.03.2003.

⁸⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 256.456 – SP, 4ª Turma, Rel. Des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.03.2001, DJ 07.05.2001. Jurisprudência do STJ: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <www.sjt.gov.br>. Acesso em 20.03.2003.

contratual e, via de consequência, ao da força obrigatória dos contratos. Esse não mais prevalece de modo absoluto [...]”. Observando a cláusula de multa pelo descumprimento de comprar uma cota mínima fixada em R\$ 3.000,00, avaliou que o valor da multa diária mostrava-se excessivo, ante a quantidade mensal de combustível que a revendedora se comprometeu a adquirir, reduzindo a multa para R\$ 1.000,00 por dia⁸⁹⁶. Entretanto, como dá a entender a decisão, uma vez provada a quebra da relação de equivalência entre direitos e obrigações, a cláusula seria declarada nula.

Nessa matéria, parece mais acertada a decisão que busca o auxílio do CDC e observa a similitude de situações centrada no contrato padronizado e de adesão, percebendo alguns elementos para a presunção do desequilíbrio contratual. Essa presunção de quebra da relação de equivalência contratual é tomada como justificativa para a declaração judicial de nulidade de cláusulas gravosas. Foi o que fez, nessa linha, a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando julgou o caso de um “contrato de adesão” realizado por um posto de serviços para o fornecimento de gasolina e derivados de petróleo, na Apelação Cível 166.178/7, julgada no dia 12.02.92. O posto aderiu a um prazo contratual de oito anos, com a exigência de quantidade mínima de produtos a serem adquiridos, com prorrogação automática do contrato se não atingida aquela quantidade. O Tribunal entendeu que, se a estimativa de vendas é feita por alto, a finalidade da cláusula é segurar o operador e deve ser “declarada leonina, portanto nula”, por ferir “a comutatividade das prestações e a igualdade das partes”⁸⁹⁷.

O princípio do equilíbrio contratual também está subjacente na decisão da 17ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível 255.439-2/6, julgada no dia 28.03.95, quando examinou a “cláusula do não-restabelecimento” em contrato de cessão de estabelecimento comercial, em que se procurava preservar a clientela, abstendo-se o autor de organizar novo fundo de comércio “com o mesmo objeto” e “durante o pagamento das parcelas fixadas pelas partes”. Dizia a cláusula 5ª do contrato: “O cedente, declara nesse ato, a favor dos cessionários, que durante a vigência desse documento não abrirá, registrará ou legalizará

⁸⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão, Apelação Cível 017001-99 – 1999, 4ª Câm., Rel. Des. Raymundo Liciano de Carvalho, j. 24.04.2000, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 785, p. 335-340, mar. 2001.

⁸⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 673.800-00/3, 10ª Câm., Rel. Juiz Nestor Duarte, j. 14-02.2001, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, p. 296-300, jul. 2001.

⁸⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 166.178/7, 2ª Câm., Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 12.02.92. In: *Revista dos Tribunais*, n. 684, p. 73-76, out. 1992, p. 73. No corpo da decisão, afirma: “Verifica-se, pois, diante da situação fática emergente dos autos, que em boa hora o legislador proibiu expressamente, fosse condicionado, sem justa razão, o fornecimento de produtos a limites quantitativos (cf. Código do Consumidor, 39, I, constante da Seção IV – práticas abusivas). No caso, não há razão de direito que possa justificar tal fixação. Não se quer, evidentemente, aplicar o Código do Consumidor com efeito retroativo; apenas enfatizar que a conduta da apelada é, agora, por lei, taxada de abusiva” (*idem*, p. 75); cf. também FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Prática e jurisprudência dos contratos*. Campinas: Jurídica Mizuno, 1997. v. 2. p. 515-516.

empresas do mesmo ramo e gênero, das quais o cedente fazia parte, até a presente data, inclusive em nome de sua esposa”. Tendo sido provado que foi constituída, em nome de família da mulher do autor-apelante, nova empresa ou negócio proibido pela indigitada cláusula, decidiu o Tribunal: “Cláusula de proibição de concorrência, imposta ao vendedor, é perfeitamente lícita, quando limitada no tempo e no espaço”⁸⁹⁸. Como deixa claro o Tribunal, são os limites fixados na cláusula que mantêm a relação de equivalência contratual.

O princípio do equilíbrio contratual também é bastante empregado na nulificação de cláusula de eleição de foro, nas relações contratuais padronizadas e de adesão, civis e empresariais. Assim como outros tribunais, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu pela nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de revenda e distribuição de bebidas, no Agravo de Instrumento n. 98.012696-7, julgado no dia 26.11.98. O Tribunal reconheceu que “o contrato de distribuição é sinalagmático, oneroso, comutativo, simplesmente consensual, formal, de adesão”; e, como tal, exigiu o equilíbrio contratual para a proteção da parte mais fraca. Então decidiu: “Nos contratos padronizados, tem-se a cláusula de eleição, impressa, como inexistente, prevalecendo o foro do lugar em que se formalizou o negócio e onde a obrigação é originariamente satisfeita”⁸⁹⁹.

Ainda sobre a cláusula de eleição de foro, no mesmo sentido, na decisão do Agravo de Instrumento 98.013004-2, julgado em 18.02.99, em que figurava um contrato de “cédula de crédito comercial” entre um banco e uma pequena empresa, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu: “Nos contratos de adesão que contenham cláusulas padrão, unilateralmente impostas, deve-se avaliar o seu conteúdo para restabelecer o equilíbrio entre as partes”. E concluiu: “É ineficaz a cláusula de adesão de foro, em contrato de adesão, quando

⁸⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 255.439-2/6, 17ª Câm., Rel. Des. Hermes Pinotti, j. 28.03.95, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 717, jul. 1995. p. 150-151. No mesmo sentido, a decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Cível São Paulo na Apelação Cível 150.513, Rel. Des. Bandeira de Melo.

⁸⁹⁹ O julgado colheu a doutrina de Orlando Gomes, enfatizando que “o contrato de distribuição é sinalagmático, oneroso, comutativo, simplesmente consensual, formal, de adesão. Com efeito, os direitos e obrigações são recíprocos e interdependentes geneticamente; há entre as prestações troca de valores equivalentes das coisas vendidas pelo fabricante e seu preço, produz efeitos desde o momento em que o fabricante e o distribuidor firmam-no, conclui-se por escrito e suas cláusulas padronizadas costumam ser predeterminadas pelo industrial e aceitas, sem alternativas, pelo comerciante. Algumas cláusulas contratuais têm de ser reprodução de regras incluídas na lei para defender e proteger os distribuidores, na linha de política de tutela do contraente mais fraco (CONTRATOS, Forense, p. 375)”. E prossegue, com a lição do renomado autor: “A concessão de vendas formaliza-se mediante contrato de adesão. Para todos os distribuidores da rede, o fabricante estabelece condições gerais, isto é, cláusulas uniformes, aceitas sem discussão (ob.cit. p. 374)”. O acórdão destaca também que a jurisprudência vem se firmando no sentido de que “a cláusula de eleição de foro em contrato impresso não deve considerar-se resultante da vontade da parte, necessária ao reconhecimento da convenção”. E ainda: “Nos casos de contratos de adesão, a cogência da cláusula de eleição de foro poderá ser afastada”. “A Súmula 335-STF, que ‘reputa válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos de contrato’, tem aplicação, ao que cuido, naqueles casos de contrato onde predomina o equilíbrio das partes contratantes, o que não é bem o caso do chamado contrato de adesão”. Assim sendo, negou-se provimento ao recurso (cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n. 98.012696-7, 2ª Câm. Civil, Rel. Des. Xavier Vieira, j. 26.11.98,

constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento em juízo” (STJ)⁹⁰⁰.

Assim, observa-se que vários juízes utilizam-se do princípio do equilíbrio contratual em suas decisões, de tal modo que não seria possível abarcar uma amostragem razoável. Chama a atenção que, no âmbito dos contratos civis e empresariais, aparece evidente inclusive a sincronia existente entre a aplicação do CDC, pelo seu art. 29, e a aplicação de princípios do Direito dos Contratos.

Nessa linha propugnada neste estudo, procurando fazer a junção da aplicação analógica do CDC pelo art. 29 e invocando os princípios fundamentais dos contratos, em decisão exemplar do Juiz Joel Dias Figueira Júnior, de Joinville, datada de 07.05.99 e publicada na *Revista Direito do Consumidor*, foi declarada nula a cláusula de um contrato de distribuição entre uma cervejaria e sua revendedora. A cláusula predisposta 7ª, § 4º, estipulava que a Companhia de cervejas: “... considerando os seus interesses comerciais de perfeito atendimento do seu mercado consumidor, poderá a seu livre-arbítrio, efetuar vendas diretamente [...] no território contratual, sem que a Distribuidora possa reivindicar qualquer direito”. O juiz Joel Dias Figueira Júnior da Justiça Estadual catarinense decidiu: “Direito do Consumidor. Exegese do art. 29 do CDC. Contrato de distribuição e revenda de bebidas. Cláusula abusiva, princípio da boa-fé e desequilíbrio contratual. Pedido de tutela antecipatória genérica. Acolhimento de tutela antecipatória genérica [...]”⁹⁰¹.

Uma análise da jurisprudência revela que, em que pese muitas vezes existirem divergências sobre o âmbito mais adequado de cada um dos princípios fundamentais dos contratos, eles são plenamente passíveis de serem utilizados no controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. É possível constatar também a coerência argumentativa contra as cláusulas abusivas em relação ao ordenamento no seu conjunto. Isso fica bem claro quando se observa, na prática, a possibilidade de conjugar a aplicação de princípios fundamentais dos contratos e a do art. 29 do CDC.

Infelizmente são muito raras as decisões que aportam, nos casos de nulificação de cláusulas abusivas, para além da aplicação analógica do CDC e da argumentação de princípios fundamentais do Direito dos Contratos, uma sustentação nos princípios constitucionais. Todavia, é tecnicamente hábil uma argumentação

DJ-SC n. 10.121, 28.12.98, p. 31; cf. também *CD-ROM da Jurisprudência Catarinense*, Registro do Acórdão 2451/80547).

⁹⁰⁰ Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento n. 98.013004-2, Terceira Câm. Civil, Rel. Des. Eder Graf, j. 18.02.99, DJ-SC n. 10.170, 11.03.99, p. 18; cf. também *CD-ROM da Jurisprudência Catarinense*, Registro da decisão n. 1012/80547. No mesmo sentido as decisões: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 29.602-3/RS, Min. Barros Monteiro, DJU n. 44, 08.03.93, p. 3.124; Resp. n. 39.638-7/RS, Min. Antônio Torreão Braz, DJU n. 62, 04.04.94, p. 6.686; Resp. n. 68.952/SP, Min. Costa Leite, DJU n. 203, 23.10.95, p. 35.666.

⁹⁰¹ Cf. BRASIL. Justiça estadual de Santa Catarina / Joinville, Autos nº 0389804752-7, Juiz Joel Dias Figueira Júnior, j. 07.05.99. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 317-321, out./dez. 1999. p. 317 e 319.

complementar que demonstre a sustentabilidade da coerência da decisão por princípios menos densos, de nível hierárquico superior, encontrados diretamente na Constituição. Trata-se de uma “combinação de ‘elementos’, a saber, de princípios ou de fundamentos justificativos, dos quais devia resultar”⁹⁰² a decisão judicial. Uma hipótese que se ergue mais claramente na medida em que se desvende a existência de uma ligação dos princípios fundamentais dos contratos com os princípios constitucionais. Essa questão deve ser agora considerada.

4.3.3 A correlação entre princípios gerais dos contratos e princípios constitucionais

A doutrina normalmente afirma que os princípios fundamentais dos contratos consagram os principais valores da sociedade⁹⁰³. É comum dizer-se que eles dão acesso aos princípios e valores sociais, políticos e econômicos, integrando-os ao ordenamento. Esses princípios, contudo, seriam válidos na ordem jurídica vigente, se fossem simplesmente adotados no texto legal infraconstitucional, sem observância da Constituição? A questão é: de onde descendem, para a via legislativa, os princípios fundamentais do Direito dos Contratos? Esses princípios, que formam a base do Direito Contratual, possuem um nível normativo menos *denso*, estabelecido em caráter hierárquico constitucional⁹⁰⁴.

Os princípios gerais dos contratos não são alheios aos princípios constitucionais; antes, deles provêm. Os princípios constitucionais estão num nível de *densidade* diferente⁹⁰⁵, do qual se retira a validade

⁹⁰² Cf. LARENZ, 1997, p. 668 et seq.

⁹⁰³ Fernando Noronha sustenta que, dos três principais valores das sociedades ocidentais apontados por Stein e Shand, a *liberdade*, a *justiça* e a *ordem*, ou melhor, a *segurança*, configuram-se, no âmbito do Direito Privado, os três princípios: *autonomia privada*, *justiça contratual* e *boa-fé* (cf. NORONHA, 1991, p. 19 et seq.). No mesmo sentido, Roberto Senise Lisboa afirma que, “a liberdade, a segurança ou a estabilidade das relações jurídicas e a justiça constituem os fundamentos dos aludidos princípios contratuais” (LISBOA, 1997b, p. 30).

⁹⁰⁴ Como ensina Karl Larenz, existem conexões internas do ordenamento jurídico; “os direitos subjetivos, relações obrigacionais, tipos societários, referem-se sempre a regulações parcelares, encadeadas entre si. Essas estão, por seu lado, ajustadas a regulações mais amplas, como as do Direito dos contratos ou do Direito privado no seu conjunto, e, pelo menos os princípios fundamentais dessas regulações mais amplas têm, por seu lado, que estar em consonância como os princípios e bases de valoração do ordenamento jurídico no seu conjunto” (LARENZ, 1997, p. 673). Para compreender essa conexão interna é preciso lançar mão da noção de que há diversos graus de concretização dos princípios. Há aqueles que contêm só uma “idéia jurídica geral”, pela qual se orienta a concretização ulterior, como por um fio condutor. São dessa espécie princípios como o do Estado de Direito, do Estado Social, do respeito da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação. Outros contêm “indícios de uma especificação de previsão e conseqüências jurídicas e, portanto, do começo da formação de regras”, como, por exemplo, o princípio da confiança em suas várias vertentes que, no Direito Privado, reflete a salvaguarda da “boa-fé”. Depois vem a concretização da lei, e “a concretização final efetua-a sempre a jurisprudência dos tribunais, atendendo ao caso particular em concreto” (LARENZ, 1997, p. 674-675).

⁹⁰⁵ José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que há um nível de *abertura vertical* das normas constitucionais que indica “o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se ‘abrem’ à mediação legislativa concretizadora”. Um dos momentos em que se impõe a *densidade* da norma constitucional

substancial dos princípios infraconstitucionais, que se encontram em graus mais próximos da aplicação concreta. À jurisprudência, intérpretes e doutrinadores, cabe a árdua tarefa de identificar, nos textos legais, quais as pontes de ligação entre os princípios de níveis de densidade diversos, para assim manter, da maneira mais adequada possível, a “integridade horizontal”, na vasta gama de princípios, desde a Constituição até a concretização do direito. A compreensão da formação do “sistema interno” permite verificar que há um “esclarecimento recíproco” entre princípios.

Daí a conveniência deste estudo, que se põe como uma tentativa de aclarar a força normativa de certos preceitos constitucionais, os quais, a um primeiro súbito de vista, podem parecer inócuos e despidos de força cogente. Cabe revelar que, no fundo, a própria discussão sobre a aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais e das normas programáticas da Constituição é muito mais um problema de conciliação das normas constitucionais com os princípios fundamentais do Direito Privado⁹⁰⁶, como ao diante se verá.

Desde logo, cumpre enfatizar que identificar as pontes entre princípios constitucionais e princípios fundamentais do Direito dos Contratos constitui um caminho movediço, onde nem sempre se pode definir com exatidão qual a mais verdadeira e adequada correspondência entre os princípios, porque as suas potencialidades ainda foram precariamente estudadas e muito pouco aclaradas. Está apenas no começo a investigação sobre as repercussões de princípios de escalão constitucional no âmbito do Direito Privado. É certo, contudo, como lembra Ingo Sarlet, que entre as normas constitucionais e o Direito Privado não existe um abismo, “mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal sorte que ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição”⁹⁰⁷.

Sem aprofundar os detalhes e eventuais divergências doutrinárias, o que se propõe aqui é verificar algumas relações aproximativas entre princípios gerais dos contratos e princípios constitucionais, sabendo-se que

é justamente “quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social”. A variação do nível de densidade pressupõe um maior ou menor espaço de “discricionariedade” ou de “liberdade de conformação” para o concretizador (legislador, juiz, administrador) (cf. CANOTILHO, 2002, p. 1165). Adiante, define com propriedade: “Densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e conseqüente aplicação a um caso concreto” (CANOTILHO, 2002, p. 1185).

⁹⁰⁶ Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987. p. 45.

⁹⁰⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 358. Como ressalta o eminente constitucionalista: “É justamente por essa razão que, para muitos, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado” (SARLET, 2003, p. 358).

existe sempre mais de um preceito ou princípio constitucional que justifica o princípio infraconstitucional correspondente⁹⁰⁸.

O princípio da autonomia privada contratual e seu corolário principal, a liberdade contratual (implícita no art. 421, do C. C., entre outros), para alguns refletem, na área jurídica, o princípio constitucional político-econômico da livre iniciativa (art. 170, *caput*, e parágrafo único)⁹⁰⁹. Para outros, partindo-se da noção de que a autonomia da vontade é atributo próprio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a autonomia privada contratual seria uma das facetas do desenvolvimento da dignidade⁹¹⁰. Outra visão conclui que é forçoso reconhecer a autonomia da vontade no art. 5º, *caput*, e inciso II, sendo que a livre iniciativa se encontra fundada nos arts. 1º, inc. IV, e 170, *caput* da Constituição⁹¹¹.

O princípio da boa-fé (art. 113, 187 e 422, do C.C.) amolda-se perfeitamente às exigências, tanto do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)⁹¹², quanto do preceito que impõe à República o objetivo de construir uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CF). Obviamente, para a construção de uma sociedade solidária cuja meta principal seja a proteção da pessoa humana, será necessário que as relações contratuais sejam orientadas pela lealdade, colaboração, cooperação, respeito mútuo e mecanismos de garantia e proteção⁹¹³.

⁹⁰⁸ Talvez foi por isso que Gustavo Tepedino designou uma relação desvinculada, em termos gerais, entre os princípios constitucionais e os dos contratos: “os princípios da boa-fé objetiva e o do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais 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, 2001, p. 13).

⁹⁰⁹ Segundo o *caput* do art. 170, a “ordem econômica” está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”. O parágrafo único desse artigo ainda reforça a idéia: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. A respeito dessa fundamentação, vale lembrar que o art. 1º, IV, da CF, se refere aos “valores sociais da livre iniciativa” como fundamento da República.

⁹¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 332-343.

⁹¹¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17.

⁹¹² Teresa Negreiros chegou à conclusão de que “a perspectiva civil-constitucional configura o dever de boa-fé como uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, em conformidade com os fundamentos e os objetivos constitucionalmente previstos no campo da ordem econômica” (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 282).

⁹¹³ É o que ensina Maria Celina Bodin de Moraes: “Sob a ótica constitucional, o princípio da boa-fé encontra-se implícito quer na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, quer no preceito que impõe como objetivo da República a construção de uma sociedade solidária. Ora, a construção de uma sociedade solidária e orientada à proteção primordial da pessoa humana não é possível se, também nas relações contratuais, não houver colaboração, respeito mútuo e mecanismo de proteção” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XXIV). Karl Larenz lembra que o Tribunal Constitucional alemão derivou o princípio da confiança do princípio do Estado de Direito, mas sem fazer esforço para demonstrar que estava contido nele (cf. LARENZ, 1997, 602-603).

O princípio da função social do contrato (art. 421, do C.C.) é corolário do princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III, da CF) e da justiça que deve orientar as relações econômicas⁹¹⁴. Há quem diga que a base conceitual da função social do contrato está amarrada ao princípio da solidariedade⁹¹⁵, porque o contrato está permeado pela busca de objetivos relacionados à construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, da CF)⁹¹⁶. Outros ligam-na à quebra do individualismo, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade substancial⁹¹⁷. Poder-se-ia sustentar que existe uma ligação muito forte da função social com os *valores sociais da livre iniciativa* (art. 1º, IV, da CF), fundamento do estado Democrático de Direito⁹¹⁸.

Finalmente, o princípio do equilíbrio contratual encontra suas raízes constitucionais no valor “justiça”, que está no Preâmbulo da Carta Magna; encontra-se também no princípio da igualdade substancial⁹¹⁹, mais precisamente quando a Constituição designa a “inviolabilidade do direito à igualdade” (art. 5º, *caput*, da CF). Está também diretamente ligado ao objetivo da República de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF)⁹²⁰. Ademais, a exigência de equivalência contratual embasa-se no dispositivo que requer uma ordem econômica obediente aos ditames de justiça social (art. 170, *caput*, da CF). E, por fim, está subjacente no objetivo da República de *construir uma sociedade justa e solidária* (art. 3º, I)⁹²¹, pois, para tal efeito, não pode

⁹¹⁴ Cf. REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 32; cf. também NORONHA, 2002, p. 193 e MARTINS-COSTA, 2000, p. 351, entre outros.

⁹¹⁵ Cf. MORAES, 2002, p. XXV. Nessa linha, Paulo Nalin explicita a sua compreensão sobre as ligações da função social do contrato a outros princípios: “São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesse (sic) envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. A falta de unidade científica na definição e caracterização é natural para o estágio de desenvolvimento do tema, ao menos no Brasil, impulsionado que foi, recentemente, pela Carta de 1988, com a expressa funcionalização da propriedade. Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé objetiva (princípio), o segundo fundado no primeiro, mostram-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato” (NALIN, 2001, p. 223). Em outro texto, Paulo Nalin destaca: “Tenho procurado encaixar o sentido e o alcance da função social do contrato no contexto jurídico, com base no espírito do interesse coletivo, que deflui de incontáveis relações contratuais e, também, na irradiação da força constitucional, que inaugura do debate com o valor da solidariedade” (NALIN, 2002, p. 53).

⁹¹⁶ NERY JÚNIOR; ANDRADE, 2003, p. 332-343.

⁹¹⁷ Cf. HIRONAKA, 1988, p. 141; no mesmo sentido, cf. FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 112.

⁹¹⁸ Cf. AZEVEDO, 1998, p. 116.

⁹¹⁹ Cf. MORAES, 2002, p. XXIV et seq.

⁹²⁰ Assinala Carlos Alberto Goulart Ferreira: “É sabido que nas relações de consumo, como de resto em qualquer relação contratual, busca-se o equilíbrio de interesses das partes. Sendo o Brasil um Estado Social de Direito (art. 3º, III, C.F.), procura-se resguardar a igualdade das partes, de modo a lhes assegurar um tratamento digno” (FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 116).

⁹²¹ Ruy Rosado Aguiar, em voto vencido, considera o princípio do equilíbrio contratual como expressão do princípio da “solidariedade social” (art. 3º, I), ao afirmar: “O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor veio apenas expressar um enunciado que já estava presente no ordenamento e era aplicado sempre que necessário para estabelecer o equilíbrio entre as partes, afastar a vigência de cláusulas resultantes do arbítrio de uma, em prejuízo da outra, impor o respeito ao princípio da boa-fé e fazer cumprir o de solidariedade social (art. 3, I, da CF)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 45.666-5-SP — 94.7914-1, 4ª T., Rel. Min.

haver a manutenção do pactuado quando este carrega exagerada vantagem para os mais fortes no mercado. Dessas normas constitucionais se impõe a extirpação dos desequilíbrios entre direitos, obrigações, riscos e ônus, na contratação.

Existe, efetivamente, algum tipo de repercussão dos princípios constitucionais nas exigências do princípio do equilíbrio contratual, cujo teor permite adequar o novo Código Civil à Constituição. A equidade contratual certamente é um dos pressupostos da justiça social. Daí se compreende que não foi por acaso que o constituinte estabeleceu como princípio basilar um macro- princípio de toda a ordem econômica no *caput* do art. 170: o da justiça social. Trata-se de uma “justiça promotora”, “que leva em consideração a desigualdade real das pessoas”⁹²², em vista da necessidade de “redução das desigualdades sociais” (art. 3º, III, art. 170, VII, da CF). Se a justiça social não é ideal a ser perseguido apenas pelo Direito Tributário e Administrativo, como vem sendo feito até hoje, então cabe perceber que a relação contratual “justa”, no âmbito do Direito Privado, também se constitui num dos mecanismos para esse objetivo. Somente enxergam nisso uma “distorção do sistema” aqueles que não compreendem a dimensão da exploração contratual e seus efeitos perversos, geradores do aumento das desigualdades sociais.

Ao proceder a essa investigação, surge uma outra questão ainda mais complexa. Cabe indagar: se eventualmente algum princípio constitucional não receber a devida expressão do legislador ordinário, qual seria a atitude mais adequada do juiz que deve aplicar o Direito e não apenas as regras isoladas? Desvendar essa problemática ajuda a esclarecer e embasar ainda mais a substancialidade do direito dos contratantes mais fracos à ampla revisão contratual, independente de circunstâncias imprevisíveis, bem como ajuda justificar a redução de cláusulas desproporcionais e declaração judicial de nulidade de cláusulas abusivas, em todos os âmbitos das relações contratuais interprivadas, civis e empresariais.

Os juízes que ainda tiverem dúvidas quanto à possibilidade de revisão ou modificação de cláusulas nos contratos civis e empresariais, porque não acham suficiente sustentar sua fundamentação com base na aplicação analógica do CDC e em princípios gerais dos contratos angariados no âmbito do Direito Privado, ainda terão amparo diretamente no texto constitucional. Se for possível sustentar a coerência desse direito também como decorrência da principiologia constitucional, como cremos que seja, então estarão tapadas todas as brechas contra a concepção liberal e a não suscetibilidade a críticas das cláusulas contratuais abusivas no âmbito civil e empresarial. É o que se procurará examinar no último capítulo.

Barros Monteiro, j. 17.05.94; cf. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, p. 177-181, jan./mar. 1996. p. 179-180).

⁹²² Cf. LÔBO, 2000, p. 244.

CAPÍTULO V

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

NO CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

5.1 Introdução

Neste capítulo cabe investigar qual será a orientação oferecida pelos princípios de escalão constitucional na interpretação e colmatação da lacuna que consiste na inexistência de regras referentes às cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Vale dizer: existirá congruência jurídica se o Estado, por meio do Poder Judiciário, não fornecer proteção contra cláusulas abusivas, também em benefício do contratante vulnerável, nas relações contratuais civis e empresariais? Permitirá a Constituição brasileira que o Estado intervenha em favor do mais fraco diante da desigualdade de poder negocial e da determinação do conteúdo contratual por apenas uma das partes? Quais os princípios constitucionais que se encontram alinhados para resolver a questão?

Em primeiro lugar, será preciso apontar alguns pressupostos para a análise do Direito dos Contratos à luz da Constituição, a fim de saber em que medida o Direito Constitucional se aplica ao Direito Privado. Cabe analisar a doutrina do Direito Civil e do Direito Constitucional, para observar se há possibilidade ou não da aplicação dos princípios constitucionais nas relações contratuais interprivadas. Além de indagar quanto à admissibilidade ou não dessa aplicação, será necessário verificar, ou pelo menos apontar brevemente, *quando e como* poderão ser aplicadas as normas de direitos fundamentais e as normas constitucionais programáticas. Em outras palavras, é preciso saber se há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e às normas programáticas da Constituição, e sobretudo, qual a intensidade da eficácia dos princípios constitucionais nas relações interprivadas.

Trata-se de esquadriñar se, tal como se encontra o estágio de discussões teórico-jurídicas, o juiz estaria autorizado a lançar mão das disposições transcritas em nível hierárquico constitucional para o efeito de controle das obrigações manifestamente desproporcionais, que desequilibram a relação de paridade contratual. Em suma, constatar se a Constituição pode ser utilizada para o controle de cláusulas em contratos civis e empresariais.

5.2 Pressupostos da análise do Direito dos Contratos à luz da Constituição

A concepção liberal individualista dos séculos anteriores tinha como sustentáculo fundamental a divisão radical e impermeável entre Direito Público, que assegurava os interesses do Estado, e Direito Privado, que preservava os interesses dos indivíduos⁹²³. Ao Estado clássico e liberal de Direito relegava-se a tarefa de tutela jurídica apenas para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. O clássico direito de gozar e dispor dos bens de maneira absoluta, associado à plena liberdade contratual, ao concretizar-se, paradoxalmente, privava a quase totalidade dos homens de desenvolver seus ideais por causa do irracionalismo, do individualismo e da ofensa às categorias morais fundamentais. O Estado submisso ao Código Civil e às concepções tradicionais que em volta dele se formaram não podia exercer qualquer controle dos chamados “riscos próprios do mercado”. A realidade social do século XX espelha verdades insofismáveis sobre as resultantes dessa concepção, produzindo os questionamentos que levaram à sua derrocada.

A evolução das idéias, em decorrência do processo de transformação econômica, social e jurídica, propiciou a incorporação de outros princípios, diretrizes e máximas de conduta, exigindo a formulação de novas normas. A proteção da autonomia privada contratual em sentido absoluto foi substituída por uma concepção de integração do homem na sociedade, marcada, sobretudo, pela tendência à solidariedade, justiça social, proteção da dignidade da pessoa humana, valorização social da livre iniciativa, igualdade substancial, democracia econômica, etc.

A positivação no direito escrito, a fim de explicitar esses valores humanísticos na ordem jurídica econômica, constituiu-se, ao longo do século XX, a partir de leis consagradoras dos direitos sociais, marcadas pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. Esse processo culminou, muito recentemente, numa regulação jurídica com conteúdo renovado, que elevou aquelas valorações, de um novo ideário, de cunho social, à categoria de princípios fundamentais e estruturantes do Estado Democrático Brasileiro. Elabora-se uma nova Constituição em 1988 e vários direitos especiais são informados pela sua dicção, atribuindo ao Estado um papel de agente integrador e promotor dos princípios nela estabelecidos.

⁹²³ Cf. MORAES, M., 1993. p. 21 et seq. Era a concepção pelo menos de alguns dos nossos ilustres autores do Projeto do novo Código Civil, como bem se retrata Miguel Reale ao tentar demonstrar “quão limitados os efeitos da Constituição sobre a codificação civil” (REALE, 1985, p. 6).

Os pressupostos básicos da organização econômica estampados na Constituição exigem uma presença maior do Estado, para atuar no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito. Consoante esses desideratos, ao Estado brasileiro cabe ampliar suas atividades e funções como reflexo do paradigma do Estado Social de Direito, no qual se percebeu que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes na sociedade, isto é, contra os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como ensina Ingo Sarlet⁹²⁴. Essa nota característica do constitucionalismo brasileiro é a marca indelével que há de contagiar a civilística contemporânea.

Segundo Paulo Bonavides, os novos princípios penetram na consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, que aquele já conferido aos direitos que formam o tecido das construções subjetivistas⁹²⁵. Urge expandir a sua eficácia em “todas as direções e em todos os campos do Direito”⁹²⁶. Por excelência, um dos campos mais distantes dos desígnios constitucionais, que é o Direito Civil, tem um amplo espaço para a generalização das exigências de solidariedade, socialidade, igualdade, justiça social, a fim de adequar-se aos princípios cardeais a que a liberdade econômica foi submetida, na ordem jurídica constitucional.

O enfoque proposto fez com que as regras do Código Civil de 1916 perdessem a posição central de que desfrutavam no sistema, especialmente em situações que não condiziam com os novos princípios constitucionais adotados⁹²⁷. E, como se expôs mais acima, o novo Código Civil de 2002, projetado antes da Constituição de 1988, precisamente pela técnica legislativa nele utilizada, não trouxe as garantias para implementar seus próprios princípios e os da nova ordem constitucional, deixando a sua conformação quase totalmente a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Como ficou visto, em relação ao Direito dos Contratos, o novo Código Civil traz inovações principiológicas bastante coerentes com a normatividade constitucional, transferindo aos juízes um grande potencial conformador. E isto é louvável! Contudo, o Código não faz esta inovação simultaneamente garantindo e apontando o mesmo patamar de proteção aos desfavorecidos que tinha sido alcançado antes, ou melhor, que já

⁹²⁴ Cf. SARLET, 2003, p. 356.

⁹²⁵ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 590.

⁹²⁶ BONAVIDES, 2001, p. 588.

⁹²⁷ Como salienta Francisco dos Santos Amaral Neto, “se por um lado vemos a redução ou anulação do individualismo subjacente aos postulados liberais do Direito Civil burguês, por outro lado, temos o reconhecimento constitucional desses mesmos postulados, hoje revestidos de uma dimensão pública, geral e funcional, no sentido de que, integrados na ordem econômica e social se utilizem como instrumentos de desenvolvimento e justiça social” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como

estava no direito positivo. Trata-se daquele patamar de proteção oferecido por outra norma que surgira, baseada nos princípios constitucionais, como frisado no estudo sobre o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

A falta de detalhamento da Lei 10.406, especialmente na matéria relativa às cláusulas abusivas e à proteção contratual [3.2.4], é de tal ordem que a atuação do Estado, no âmbito das relações contratuais civis e empresariais, não poderá ser relegada a estritamente dar cumprimento às suas regras. Sem considerações hermenêuticas, que procurem a concretização de princípios, o aparelho público detém um poder de resposta insuficiente, quase à mingua de recursos e disponibilidades materiais, para impor o respeito aos novos fundamentos do Estado (art. 1º) e objetivos programáticos da República (art. 3º), como também aos princípios da ordem econômica (art. 170), conforme estabelecidos na Constituição.

Assim, uma densificação dos princípios na prática jurídica será necessária, para evitar que o desamparo dos mais fracos, pelas regras isoladas do novo Código, caracterize uma ofensa ao princípio da *vedação do retrocesso*⁹²⁸. Aflora a relevância da aplicação de princípios, a fim de suprir a lacuna deixada pelo legislador democrático ordinário, que não adotou, em toda a extensão, as medidas necessárias para o contínuo fluir e a evolução da ordem econômica constitucional, sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”, tal como já havia estabelecido o CDC, pelo seu art. 29, para fora das relações de consumo.

Entretanto, como não é o Legislativo o único órgão responsável pela produção do Direito, o problema se desloca para o Judiciário e surge a seguinte questão: é possível completar o projeto constitucional em todo seu perfil, especialmente nos quadrantes do Direito onde os princípios constitucionais não se fazem efetivos pelas regras?

princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e econômica. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1988. p. 20).

⁹²⁸ No âmbito da doutrina brasileira do Direito Constitucional começa a ganhar espaço a *vedação do retrocesso*. Segundo Luís Roberto Barroso: “Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. [...] se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior” (BARROSO, 2001, p. 158-159). No mesmo sentido, segundo J. J. Canotilho: “O princípio da democracia econômica e social impõe *tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real [...]”. Adiante assinala: “O princípio da democracia econômica e social aponta para a *proibição do retrocesso social*”. Significa que os direitos sociais e econômicos, “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*”. Ou seja, “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial” (CANOTILHO, 2002, p. 336-338).

Feita essa consideração, as questões mais específicas que se colocam são: o Direito Contratual pode ser completado por normas constitucionais? Em que medida os princípios constitucionais possuem validade como normas aplicáveis no âmbito do Direito Contratual, e podem ser assim interpretados? Como e em que medida as normas constitucionais influem nas relações interprivadas? Essas questões devem ser consideradas a partir de agora.

5.2.1 A eficácia das normas constitucionais nas relações interprivadas

Neste momento do trabalho propõe-se analisar a eficácia de certas normas constitucionais nas relações interprivadas. Especificamente, a eficácia das normas atinentes aos direitos fundamentais e das normas programáticas, tal como se encontram estampadas na Constituição de 1988.

O objetivo que se tem em mira, por conseguinte, é um estudo técnico-jurídico de compreensão e exegese da normatividade constitucional, considerada pelo ângulo de sua eficácia. Trata-se de perquirir as possibilidades abertas naquele sistema normativo para servir à satisfação de certos escopos, socialmente prezáveis. O foco essencial será ancorar a revisão contratual e a invalidação de cláusulas contratuais abusivas, com o fim de proteger os mais fracos, nas relações contratuais civis e empresariais. Mas, quem sabe, ao longo desta investigação talvez fique mais clara tanto a vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais como a obrigatoriedade de muitos princípios atinentes à Justiça Social, o que servirá para avivar uma prática jurisprudencial que atribua maior força normativa a certos preceitos, que até agora estão adormecidos no texto constitucional.

Como ressalta Amaral Júnior, entre nós não é usual interpretar e integrar o Direito Privado à luz das normas constitucionais. Uma concepção eminentemente ligada ao jusnaturalismo, impregnada na mentalidade dos privatistas nacionais, bem como a visão de que os Códigos são sistemas coerentes e completos, impediram que a Constituição tivesse papel fundamental na interpretação do Direito Privado. Diferentemente do que ocorre em outros países, como na Alemanha, onde a Constituição é referência fundamental para todos os ramos do Direito, no Brasil ela é praticamente esquecida pelos nossos juristas, juízes e tribunais. “Tudo se passa

como se a Constituição dispusesse de primazia absoluta apenas no campo do direito público, cabendo essa função aos Códigos no plano estritamente privado”⁹²⁹.

Se as potencialidades de eficácia das normas constitucionais nas relações privadas ainda não foram bem desenvolvidas, cabe verificar mais a fundo os caminhos para que se proceda à implementação do texto constitucional. Com efeito, vale lembrar que essa falha se deve, em primeiro lugar, à falta de estudos sobre a eficácia das normas constitucionais no Direito Privado.

Todavia, desde logo, importa registrar a complexidade da problemática, em virtude de sua amplitude. A questão não se restringe às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. No contexto genérico das relações entre a Constituição e o Direito Privado há muitas feições específicas e diferenciadas⁹³⁰, as quais ainda não foram bem estudadas.

Com efeito, uma das matérias que não têm sido suficientemente enfrentadas no seio da doutrina constitucional e privatística pátria é a distinção entre as chamadas eficácias “vertical” e “horizontal”⁹³¹ das normas constitucionais, no âmbito do Direito Privado. Contudo, cuida-se de aspectos distintos, a saber: Por plano “vertical” entende-se a vinculação das entidades estatais (públicas), com as que se subordina o legislador privado e o “juiz civil”; assim também, neste plano da “verticalidade” encontra-se a eficácia dos preceitos constitucionais nas relações cidadão/Estado. Por outro lado, na assim denominada eficácia “horizontal”, trata-se da problemática da eficácia das normas constitucionais nas relações entre particulares, mais precisamente da vinculação das pessoas físicas ou jurídicas aos direitos fundamentais⁹³² e às normas programáticas⁹³³.

⁹²⁹ Cf. AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 35-36.

⁹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos privados. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163. p. 108.

⁹³¹ As expressões terminológicas normalmente utilizadas para definir a eficácia das normas constitucionais (de direitos fundamentais) no âmbito das relações jurídico-privadas precisam ser utilizadas com reservas. Ao falar, conforme a doutrina dominante, em “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia externa” e “eficácia horizontal”, acaba-se desvirtuando ou não colocando sob especial enfoque a problemática envolvida. Observe-se, por exemplo, quando se toma a expressão “eficácia horizontal”, “em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar à que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade” (SARLET, 2000, p. 114).

⁹³² Contribuições eloqüentes nesta matéria, cf. SARLET, 2000, p. 107-163.

⁹³³ Aliás, em relação às normas programáticas, raramente se consignou na doutrina algum estudo aprofundado sobre uma possível eficácia nas relações entre particulares. Geralmente, aí, é negado um papel vinculativo, pelo simples fato de que, quando se trata de normas programáticas, não há como se prescindir de uma *interpositio legislatoris*; e, sendo assim, são vinculativas, em princípio, apenas para as entidades estatais. Contudo, cumpre questionar mais a fundo: será que as normas programáticas não possuem, pelo menos, uma eficácia negativa, no sentido de exigir abstenção de atos particulares contrários aos propósitos estipulados em seu conteúdo? Esta e outras questões merecem maior desenvolvimento.

Cumpra atribuir diferenciações. Por exemplo, em relação àquelas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e àquelas que dizem respeito às normas programáticas. Mas, todas essas normas constitucionais são vinculativas e, em certa medida, têm eficácia no âmbito das relações interprivadas. Devem servir para a proteção contra ameaças oriundas tanto dos poderes públicos como dos mais fortes na esfera privada. E, se isso alcança cada vez mais consenso, por outro lado, as maiores controvérsias se referem à forma e intensidade da vinculação dos particulares⁹³⁴. Cabe realçar que só não alcançam relevância nesta discussão as normas que já estão bem definidas, como aquelas que têm por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, e também aquelas que expressamente têm por destinatário entidades privadas e particulares em geral⁹³⁵.

Ademais, quando se trata de examinar a eficácia dos preceitos constitucionais nas relações interprivadas, essa problemática comporta dupla perspectiva de análise, podendo ser observada pelo prisma material ou processual, conforme demonstra Ingo Sarlet⁹³⁶. Do ponto de vista material, cumpre verificar aspectos relativos à existência, ou não, de uma vinculação dos particulares às normas constitucionais; sob o prisma processual, cabe tratar dos meios processuais para tornar efetivos os preceitos constitucionais nas relações interprivadas, merecendo relevância, nessa abordagem, a questão da possibilidade de o particular, através de ação judicial, confrontar a violação de seus direitos por outro particular, invocando diretamente preceito constitucional⁹³⁷.

Desde logo, cumpre assinalar que se cuida de uma matéria muito ampla para ser tratada detalhadamente aqui. Por isso, priorizaremos a análise sob o enfoque material da problemática, enfatizando questionamentos específicos relacionados ao tema, assumindo destaque, neste contexto, aspectos ligados à liberdade contratual e suas limitações decorrentes das normas constitucionais. Sem embargo, do ponto de vista processual, como desafio próprio deste estudo, coloca-se a perspectiva de concretização dos preceitos constitucionais no controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

Ainda em caráter preliminar, cumpre ressaltar que o fato da pouca utilização das normas constitucionais no Direito Privado e, em especial, no controle das cláusulas contratuais abusivas, se deve, em boa

⁹³⁴ Cf. SARLET, 2000, p. 119.

⁹³⁵ São normas constitucionais que têm como destinatário os órgãos estatais, por exemplo, as normas relativas aos direitos políticos, direitos de nacionalidade, direito de asilo, etc. As normas que têm, pelo menos também, por destinatário os particulares são, por exemplo, aquelas relativas aos direitos dos trabalhadores (art. 7º e segs., da CF), direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF), direito ao sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CF), etc. (cf. SARLET, 2000, p. 115-116).

⁹³⁶ SARLET, 2000, p. 110.

⁹³⁷ Sob o prisma processual carrearíamos questões relativas ao risco de transformar as Cortes Constitucionais em Tribunais de revisão de conflitos de natureza eminentemente privada, assunto que, noutro aspecto, envolve o problema da sobrecarga de processos e muitas outras questões que não serão abordadas neste estudo (cf. SARLET, 2000, p. 110-111, ver nota 8).

medida, à inexistência de um acordo quanto à vinculação dos particulares às normas constitucionais. Além dos estudos que negam a discussão em torno dessa eficácia das normas constitucionais⁹³⁸, a doutrina oscila entre os que advogam a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma vinculação imediata (direta), além da existência de posicionamentos que assumem feição mais temperada entre esses modelos referidos, situando-se numa esfera intermediária⁹³⁹. Esse assunto precisa ser estudado agora.

5.2.2 A aplicação mediata ou imediata das normas constitucionais?

Uma parte da doutrina defende a aplicação mediata (indireta) da Constituição, no âmbito das relações entre particulares. Nessa linha, assinala-se que as normas constitucionais têm eficácia após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração de princípios e cláusulas gerais do Direito Privado à luz das normas constitucionais.

Entre outros autores, Güther Dürig⁹⁴⁰, Konrad Hesse, Lucas Pires e Mota Pinto, defendem que a aplicação, às entidades privadas, das disposições relativas aos direitos fundamentais deve dar-se por meio de mecanismos típicos do Direito Privado. Aconteceria como que uma recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado, concretizadora de preceitos constitucionais através de princípios infraconstitucionais, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cujo conteúdo seria preenchido com os valores constitucionais⁹⁴¹.

Vasco M. P. D. Pereira da Silva elucida que a justificativa oferecida para essa posição é de que haveria a necessidade de coordenar os direitos fundamentais com os direitos subjetivos privados, considerando as especificidades das relações interprivadas. Isso evitaria que a vida jurídica privada fosse sufocada pela aplicação, sem mais, dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, que poderiam conduzir a que o princípio da igualdade, sobrepondo-se à liberdade contratual, impedisse o comércio jurídico; ou ainda, que o direito à

⁹³⁸ Nesta esteira encontram-se os que sustentam “que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um ‘problema aparente’” (SARLET, 2000, p. 133).

⁹³⁹ Cf. SARLET, 2003, p. 356-357.

⁹⁴⁰ Segundo Ingo Sarlet, Dürig se opõe veementemente aos defensores da eficácia imediata, em uma objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência constitucional, contestando que “o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada” (SARLET, 2000, p. 123).

⁹⁴¹ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 45.

liberdade de expressão prevalecesse sobre o dever de manter segredo ou fidelidade imposto pelo dever de cooperação, com isso perturbando o normal funcionamento das relações interprivadas⁹⁴².

No sentido oposto, estão os que defendem a aplicabilidade imediata (direta) dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas. Entre outros, Hans Carl Nipperdey, Walter Leiser, Hermann von Mangoldt⁹⁴³, Vital Moreira, Gomes Canotilho, Ana Prata, Vieira de Andrade e, de certo modo, também Jorge Miranda advogam a aplicabilidade imediata, justificando-a em vista da unidade da ordem jurídica e da força jurídico-normativa da Constituição, a qual impossibilita que o Direito Privado possa edificar um gueto apartado à margem da Constituição⁹⁴⁴.

Numa postura intermediária, encontram-se aqueles que defendem a aplicação indireta das normas constitucionais, reservando a aplicação imediata para uma última instância, após esgotadas outras possibilidades, tal como a perspectiva de Karl Larenz. Em relação à aplicabilidade indireta, enfatiza-se que, dentre as várias interpretações possíveis segundo outros critérios, sempre obterá preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. A conformidade com a Constituição passa a ter um importante papel no desenvolvimento do direito e é, portanto, um critério de interpretação⁹⁴⁵.

Por exemplo, com o decurso do tempo, a mudança da situação ou da concepção sobre os princípios normativos outrora determinantes pode alterar a interpretação dada a determinado preceito legal, e assim, o que anteriormente se entendia pode deixar de parecer plausível. Neste caso, quando a interpretação mais antiga está em contradição com um princípio constitucional, há de preferir-se uma interpretação conforme à Constituição; se não há possibilidade de adequação, é de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição⁹⁴⁶. Mais claramente, na concepção de Larenz:

Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de “bons costumes”, confere ao juiz margem de livre concretização⁹⁴⁷.

Sem entrar no mérito dessa discussão, cabe investigar um pouco mais na doutrina brasileira sobre qual o estado em que se encontra o debate quanto à eficácia das normas constitucionais nas relações

⁹⁴² Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 45.

⁹⁴³ Tal como pensa Nipperdey, “uma negativa da vinculação direta dos particulares acabaria atribuindo às normas de direitos fundamentais cunho meramente declaratório, concepção compartilhada por Hermann von Mangoldt, um dos principais autores da Lei Fundamental da Alemanha”. Apesar disso, “se reconheceu a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, já que estes, em regra, são todos igualmente titulares de direitos fundamentais” (SARLET, 2000, p. 121-122).

⁹⁴⁴ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 45.

⁹⁴⁵ Cf. LARENZ, 1997, p. 482.

⁹⁴⁶ Cf. LARENZ, 1997, p. 488.

interprivadas. Trata-se de um discurso que foi renovado recentemente pela doutrina da constitucionalização do Direito Civil. É o que se tratará agora.

5.2.3 A doutrina da constitucionalização do Direito Civil

Nos últimos anos vêm despontando uma corrente doutrinária que advoga a constitucionalização do Direito Civil. Ainda que por vezes aceite uma aplicação indireta das normas constitucionais, tal concepção tende a enfatizar que os princípios constitucionais têm aplicabilidade direta e imediata nas relações interprivadas. Embora não haja clareza sobre qual a intensidade da vinculação dos particulares às normas constitucionais.

A chamada leitura “civil-constitucional”⁹⁴⁸ procura incorporar uma nova postura, com o objetivo de realizar uma mudança de paradigmas. Essa alteração é qualificada como representando uma autêntica “virada de Copérnico”, de acordo com a formulação de Luiz Edson Fachin⁹⁴⁹. Para tanto, reivindica a desconstrução da dogmática tradicional de solução dos problemas de Direito Civil, que, postos na ordem do dia, reclamam solução interpretativa coerente com o sistema constitucional e com a dinâmica socioeconômica do país.

Essa perspectiva apóia-se na metodologia interpretativa da hermenêutica constitucional, cujo postulado aponta para a teoria formal e material da Constituição⁹⁵⁰. Enfatiza que a posição eminente e superior da decisão constitucional constitui o fundamento de toda a normatividade e a substância da própria

⁹⁴⁷ Cf. LARENZ, 1997, p. 482.

⁹⁴⁸ Cf. TEPEDINO, 2001, p. 1-16.

⁹⁴⁹ Segundo o autor, trata-se de um “movimento que implica, tal como uma virada de Copérnico, numa recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em sentido concreto e pleno), menos ao redor do patrimônio em si mesmo” (FACHIN, 1998, p. 116, ver também p. 317 et seq.).

⁹⁵⁰ Nessa análise, a doutrina da constitucionalização do Direito Civil possui fundamentos na concepção de Robert Alexy. Conforme ensina Alexy: “A Constituição da Lei Fundamental não tem um caráter nem puramente material nem puramente procedimental senão *misto material-procedimental*”. As normas jusfundamentais têm fundamentalidade procedimental ou formal porque estão declaradas no texto constitucional e com isso assumem uma posição de supremacia na estrutura escalonada da ordem jurídica. A fundamentalidade material dos direitos e normas constitucionais deriva do fato de que com elas “se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. No seu objeto de regulação incluem-se temas muito amplos. “Questões de liberdade e igualdade não são questões de um âmbito parcial do direito, senão que surgem em todos os âmbitos”. Desse modo, tais normas “jogam um papel central no sistema jurídico”. As normas constitucionais “afetam a relação entre o Estado e os cidadãos”, mas “têm também influência na relação cidadão/cidadão e, neste sentido, têm um efeito em terceiros ou um efeito horizontal. O que se discute é *como* e *em que medida* exercem esta influência. Na questão acerca de *como* as normas jusfundamentais influem na relação cidadão/cidadão, se trata de um *problema de construção*. A questão de *em que medida* o fazem formula um problema material, isto é, um *problema de colisão*”. “Esta influência é especialmente clara no caso dos direitos frente à justiça civil” (ALEXY, 1993, p. 503-511, tradução nossa).

Constituição⁹⁵¹. Quer isto dizer que os enunciados constitucionais são dotados de natureza normativa e de supremacia. A Constituição é a Lei Máxima, à qual todas as demais leis se subordinam e na qual todas se fundam. É a fonte de todo o Direito e, por isso, constitui-se na matriz última da validade de qualquer ato jurídico⁹⁵².

Como consequência da superioridade hierárquico-normativa das normas constitucionais, seu conteúdo é constituído por determinações negativas (oferecendo limites à lei infraconstitucional) e positivas (conformando também o conteúdo material da norma de hierarquia inferior). Assim, “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional”⁹⁵³.

Desse modo, os dispositivos da Constituição não podem ser contraditos pelas regras da legislação dos contratos. Ademais, afirma-se que “as regras e os princípios constitucionais iluminam a interpretação das normas privadas, definindo seu sentido e alcance”⁹⁵⁴. Diz-se que a normatividade constitucional serve ainda para a “justificação da normativa ordinária, sob o perfil funcional”⁹⁵⁵. Concebe-se que “não há como divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais”⁹⁵⁶.

Além disso, ressalta-se que a Constituição é uma fonte que exerce uma influência direta e indireta. Como regulação direta, a norma constitucional deixa de ser vista como regra contendo unicamente elementos de Direito Público, para se referir também às relações entre os particulares⁹⁵⁷. Mesmo em seu caráter indireto, pelo princípio da unidade da ordem jurídica o Direito Privado abre-se à ordem constitucional e a legislação civil converte-se em mediação da normatividade superior⁹⁵⁸.

⁹⁵¹ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 153.

⁹⁵² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981. p. 237.

⁹⁵³ Cf. FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-106. p. 94.

⁹⁵⁴ Cf. AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 36. Também na observação de Amaral Júnior os princípios constitucionais cumprem tanto uma função positiva quanto negativa. Pela função negativa constituem-se numa “restrição imposta à ação do Estado”, pela qual os poderes públicos estão proibidos de emanar normas e praticar atos que os contrariem; qualquer destas atitudes nega validade ao princípio e portanto viola a própria Constituição. Na sua função positiva os princípios contêm aptidão para “informar materialmente os atos dos poderes públicos” e, por isso, requerem “a adoção dos meios necessários para concretizá-los” (cf. AMARAL JÚNIOR, 2001, p. 36).

⁹⁵⁵ Cf. MATTIETTO in: TEPEDINO, 2001, p. 163-186, p. 169.

⁹⁵⁶ Cf. MATTIETTO in: TEPEDINO, , 2001, p. 170.

⁹⁵⁷ Cf. LORENZETTI, 1998, p. 153.

⁹⁵⁸ Nesse ponto trata-se de uma doutrina bastante semelhante à concepção de Gustavo Zagrebelsky. Como observa Gustavo Zagrebelsky, a superação do “Estado de direito legislativo” leva consigo importantes consequências para o Direito como tal. Antes, “juridicamente a lei podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo” (ZAGREBELSKY, p. 31). Nesse sentido, enfatiza Zagrebelsky: “Segundo o que se acaba de descrever, hoje deve descartar-se completamente a idéia de que as leis e as outras fontes, consideradas em seu conjunto, constituam por si mesmas um ordenamento —

A doutrina civil-constitucional realça que compete a todos os concretizadores das normas, no âmbito do Direito Privado, atentar para a idéia da “força normativa da Constituição”⁹⁵⁹. O Estado, agora, tem o papel de ditar as regras do jogo conforme os princípios constitucionais também entre os particulares, porque, indo além da construção referida a direitos negativos de defesa do indivíduo contra o poder do Estado, admite-se a possibilidade de direitos a prestações ou proteções jurídicas ante afetações por parte de particulares⁹⁶⁰.

Assim, a hermenêutica “civil-constitucional” recomenda operar uma leitura, desde a elaboração até a concretização, de todas as normas infraconstitucionais, à luz dos objetivos constitucionais de construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, e demais valores existenciais - de “erradicação da pobreza” e de “valorização da dignidade da pessoa humana” — fixados no vértice do ordenamento jurídico brasileiro⁹⁶¹.

como podia suceder-se no século passado —. A crise da idéia de Código é a manifestação mais clara desta mudança. Nestas condições, a exigência de uma recondução à unidade deve ter em conta a crise do princípio da legalidade, determinada pela acentuada perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e das outras fontes do direito” (ZAGREBELSKY, p. 39). Hoje, numa sociedade dividida em seu interior, convivendo com a concorrência do pluralismo de valores, o papel de manter a unidade cabe à Constituição. “A lei, um tempo medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede assim o passo à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mediação. É destronada em favor de uma instância mais alta. E esta instância mais alta assume agora a importantíssima função de manter a unidade” (ZAGREBELSKY, p. 40).

⁹⁵⁹ Nesse passo, a teoria da constitucionalização do Direito Civil possui raízes na doutrina de Konrad Hesse. Para a perspectiva da força normativa da Constituição, cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Segundo Hesse, a “Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p. 11); “a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (HESSE, 1991, p. 19). Para ressaltar o peculiar significado atribuído à Constituição jurídica na vida do Estado moderno, entre outras coisas, em vista da aplicação dos princípios constitucionais no Direito alemão, lembra Hesse: “Até mesmo no âmbito do Direito Civil, que antes parecia rigorosamente isolado, assegura-se-lhe, através da jurisdição dos Tribunais Federais, uma posição de relevo” (HESSE, 1991, p. 28).

⁹⁶⁰ Conforme ensina Alexy, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com base no art. 5º, parágrafo 1 da LF, decidiu em sentença, pela possibilidade de “violação de um direito de status positivo frente ao Estado, à proteção ante afetações por parte de terceiro”. Significa que uma teoria unitária precisa levar em conta direitos de defesa e direitos de proteção jurídica. Contudo, só isto não é suficiente. A construção de uma teoria unitária “é possível se se aceita um direito do cidadão frente à justiça civil no sentido de que esta tome devidamente em conta o princípio jusfundamental que fala em favor da posição que faz valer o cidadão. Quando este direito é lesionado, se lesiona o direito fundamental ao qual pertence o respectivamente relevante princípio jusfundamental” (cf. ALEXY, 1993, p. 519, tradução nossa). Segundo o autor, “os princípios jusfundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais que, devido à vigência destes princípios relativa à Constituição, são necessários porém que, sem sua vigência não o seriam. Este é um efeito imediato em terceiros”(cf. ALEXY, 1993, p. 521, tradução nossa).

⁹⁶¹ A teoria de Robert Alexy possibilita defender esse entendimento: “O fato de que, na interpretação e aplicação das normas de direito civil, o juiz deva ter em conta a ordem valorativa jusfundamental não diz todavia que, se viola este dever, lesiona direitos fundamentais sob a forma de direitos subjetivos. Porém, uma conexão tal tem que existir para que seja coerente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o efeito dos direitos

Sugere-se a superação do antagonismo entre o público e o privado, para buscar uma espécie de “despatrimonialização”⁹⁶² e “publicização” (ou “socialização”) do Direito Privado, em vista tanto das exigências crescentes de atender a situações subjetivas existenciais, como dos valores sociais de solidariedade e de justiça social.

Segundo ressalta Maria Celina B. Moraes, a nova disciplina das relações interprivadas deve “obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social”⁹⁶³.

Sob esse prisma, segundo Maria Celina, as normas do Direito Civil necessitam ser “interpretadas como reflexo das normas constitucionais”, ou seja, “a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais”. Desse modo, “mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico”⁹⁶⁴. Por outro lado, “mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular ‘sensibilidade constitucional’ que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição”⁹⁶⁵.

fundamentais e das normas jusfundamentais no direito privado. Se não existisse tal conexão, o Tribunal não teria podido constatar, de acordo com o teor do caso Lüth, que a decisão do Tribunal civil *viola o direito fundamental* do recorrente em virtude do artigo 5º parágrafo 1 frase 1 LF” (ALEXY, 1993, p. 516, tradução nossa).

⁹⁶² Nas palavras de P. Perlingieri, com essa despatrimonialização “não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação quantitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na existência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, 1999, p. 33; cf. também p. 152 et seq.).

⁹⁶³ MORAES, M., 1993, p. 28. No mesmo rumo, segundo Paulo R. Ribeiro Nalin, “a leitura constitucional dos dispositivos contratuais é o caminho inegável para a humanização do Direito Civil, sem possibilidade de ser repreendida, frente situação hierárquica privilegiada da Carta” (NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173-210. p. 182). A partir da Constituição de 1988, “os padrões tradicionais foram drasticamente alterados, com a internalização das relações econômicas e sociais”. Nas relações contratuais “inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva” (RAMOS in: FACHIN, 1998, p. 11).

⁹⁶⁴ MORAES, M., 1993, p. 29.

⁹⁶⁵ MORAES, M., 1993, p. 32. Como ressalta Paulo Bonavides, a passagem para o sistema *princípial* faz surgir o embrião da nova hermenêutica. Abre-se um caminho decisivo para o intérprete da lei se deslocar da hermenêutica jusprivatista, de subsunção, da metodologia dedutiva para a moderna hermenêutica de base constitucional, basicamente indutiva, onde se aplica com freqüência o “princípio da proporcionalidade”, as noções de “concordância prática” e “concretização”. Aqui altera-se a forma de solucionar as questões: se na concepção hermenêutica anterior a lei imperava e era tudo, podendo-se tirar dela tudo o que fosse possível por uma operação lógica, mas sem acrescentar nada à norma, agora a nova hermenêutica, ao contrário, busca concretizar os preceitos constitucionais, de tal modo que “concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade”. Portanto, “ocorre e prevalece uma operação cognitiva de

Com isso, também o Poder Judiciário sobe em autoridade e prestígio, porque poderá fazer uma harmonização dos princípios, como por exemplo, entre a liberdade contratual e a justiça social⁹⁶⁶. Nessa nova hermenêutica, quando um princípio não é aplicado numa hipótese conflituosa, isso não significa que esteja sendo sacrificado ou expulso do ordenamento jurídico: ele conserva, intacta, a possibilidade de aplicação futura⁹⁶⁷.

De outra parte, essa nova forma de interpretar o Estado de Direito não se equipara ao rigor técnico de aplicabilidade do “velho Direito Privado da herança romana”⁹⁶⁸. Trata-se de uma nova feição demandada pelo Estado *Democrático* de Direito, o qual realiza a fusão do princípio democrático com o Estado Social⁹⁶⁹, propiciando um enfrentamento das posturas teóricas conservadoras que advogam, às normas constitucionais, especialmente as de cunho econômico, social e cultural, uma interpretação fragmentária e destituída de normatividade. O Estado Democrático de Direito, portanto, é um Estado constitucionalmente comprometido com a efetividade dos direitos nas relações interprivadas. Para tanto se impõe que esteja dotado de instrumental jurídico passível de judicializar uma gama maior de conflitos gerados pela efetivação daqueles direitos, deslocando sensivelmente as decisões para o Judiciário⁹⁷⁰.

Ao cabo da exposição feita, cabe explicitar o critério mais sugerido na doutrina “civil-constitucional” para a compreensão da eficácia das normas constitucionais nas relações interprivadas. Em

valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional” (cf. BONAVIDES, 2001, p. 585).

⁹⁶⁶ A proporcionalidade não reproduz mais seus tradicionais elementos constitutivos. Trata-se de um novo princípio da proporcionalidade, o qual não serve apenas como “um critério de contenção do arbítrio e salvaguarda da liberdade, mas por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios; isto sobretudo tocante à interpretação de direitos fundamentais”. O princípio hermenêutico da proporcionalidade possibilita a ponderação de prós e contras, permitindo fazer avaliações na aplicação dos princípios constitucionais, a fim de escorar, em termos compatíveis, a decisão judicante, resolvendo o problema das “assimetrias” (cf. BONAVIDES, 2001, p. 587-588).

⁹⁶⁷ Como assinala Bonavides, “o princípio cuja aplicabilidade ao caso concreto se viu recusada por ensejo da ponderação estimativa de valores, bens e interesses, levada a cabo pelo intérprete, continua a circular válido na corrente normativa do sistema, conservando, intacta, a possibilidade de aplicação futura” (BONAVIDES, 2001, p. 587).

⁹⁶⁸ BONAVIDES, 2001, p. 290.

⁹⁶⁹ Cf. STRECK, Lênio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra/Portugal, v. XLI, n. 02, 2000, p. 867-886. Conforme ressalta Streck, “para vivificar o texto constitucional, necessitamos superar o paradigma liberal-individualista de Direito. Para tanto, torna-se indispensável uma nova postura hermenêutica, que envolve um ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito. O processo hermenêutico deve ser um devir constante. Interpretar é dar sentido a cada momento” (STRECK, 2000, p. 884-885). Em sentido semelhante, Sérgio Cademartori observa, com propriedade, que houve a passagem de um Estado Legislativo de Direito ao Estado Constitucional de Direito. Essa mudança foi carreada pela indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, os quais, às vezes, são afetados pelos processos políticos ordinários. Daí haver averbado, que a “reconfiguração do ordenamento jurídico supõe em última análise o redimensionamento do princípio da legalidade” (cf. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26-28).

⁹⁷⁰ Cf. FINGER in: SARLET, 2000, p. 92.

primeiro lugar, nas palavras de Carlyle Popp, “resta claro que o Direito Civil está constitucionalizado e há uma indistinta e direta aplicação da norma constitucional às relações privadas, sempre tendo como protagonista a pessoa humana”⁹⁷¹.

A Constituição é compreendida como fonte de Direito Privado, não só por ser um manancial para imediata interpretação e aplicação pelos órgãos do Estado, mas também porque contém disposições com possibilidade de serem alegadas diretamente nos tribunais. Portanto, nessa acepção, defende-se a vinculação direta dos particulares às normas constitucionais. Diz-se que talvez seja esta a principal mudança introduzida pelo novo paradigma do Estado: “a pretensão generalizada de que as normas constitucionais sejam consideradas como Direito positivo, e, resultem alegáveis perante os juízes, na medida do possível”⁹⁷². Por isso, atualmente não são poucos os autores que defendem “a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado”⁹⁷³. Segue-se uma breve consideração dessa perspectiva.

5.2.4 A afirmação da primazia dos princípios constitucionais

O nosso constituinte não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais⁹⁷⁴. Entretanto, à luz do Direito Constitucional brasileiro, a previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), “por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”⁹⁷⁵.

Decorre daí que muitos defendem a vinculação direta (imediata) também dos particulares às normas constitucionais, especialmente às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Todavia,

⁹⁷¹ POPP, 2001, p. 88. Segundo o autor, “a influência da Constituição sobre o Direito Privado e vice-versa são frutos de diversos aspectos, merecendo destaque (a) a visão da Constituição não mais como regra política, mas também jurídica que passa a atingir não só as entidades públicas, mas também os particulares, deixando de ser mera cartilha de deveres aos administradores, mas também é fonte de direito aos particulares; (b) a chamada constitucionalização dos princípios fundamentais de direito privado; (c) a globalização do direito, aspecto que diminuiu as distâncias e aumentou o interesse na unificação das regras jurídicas; (d) a aceitação pelas novas constituições da importância da proteção dos direitos humanos e a ratificação de normas supranacionais neste sentido” (POPP, 2001, p. 89-90).

⁹⁷² LORENZETTI, 1998, p. 255.

⁹⁷³ MORAES, M., 1993, p. 24.

⁹⁷⁴ SARLET, 2003, p. 355.

como ressalta Ingo Sarlet, “o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas”⁹⁷⁶. Segundo o autor “quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara”. De qualquer modo, defende a incidência direta da norma protetiva da “dignidade da pessoa humana” em todas as relações entre particulares⁹⁷⁷. Aliás, “à exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas jusfundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares”⁹⁷⁸.

Consoante essa perspectiva, mas de maneira bem ampla, uma parte da doutrina voltada à constitucionalização do Direito Civil postula a aplicação imediata e prevalecente dos princípios constitucionais sobre o direito infraconstitucional. Essa doutrina guarda um *status* de primazia aos princípios constitucionais, sobre as normas do Direito dos Contratos.

Em contraposição com essa teoria está a idéia de que a normatividade constitucional é, em princípio, afastada dos conflitos reais, só sendo suscetível de aplicação indireta⁹⁷⁹. Em tal modelo, a norma constitucional poderia disciplinar uma relação de Direito Civil unicamente através da concomitante aplicação de uma norma ordinária, de tal forma que, diante da falta de uma norma ordinária aplicável ao caso concreto, a norma constitucional não poderia atuar sozinha⁹⁸⁰. A essa concepção da aplicabilidade indireta das normas constitucionais é atribuída a pecha de estar conectada à concepção tradicional.

Outrossim, se afirma que o afastamento dos princípios constitucionais se deve à idéia de completude da antiga tradição romana medieval que, através da Escola da Exegese, e de modo bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, foi desenvolvida e re-elaborada, assumindo a forma de um “fetichismo da lei” e, ainda mais, de um “fetichismo do Código Civil para as relações de Direito Privado”⁹⁸¹. Essa abordagem, descrita como um “fetichismo do estatuto escrito”, eliminava qualquer recurso aos princípios gerais do Direito e aos princípios constitucionais⁹⁸².

⁹⁷⁵ SARLET, 2000, p. 108.

⁹⁷⁶ SARLET, 2003, p. 361.

⁹⁷⁷ SARLET, 2003, p. 359.

⁹⁷⁸ SARLET, 2000, p. 156.

⁹⁷⁹ Na doutrina e jurisprudência alemãs é dominante a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) das normas constitucionais. Ou seja, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais penetra no âmbito do Direito Privado através da interpretação das normas privadas (infraconstitucionais), conforme os parâmetros valorativos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que normalmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios do Direito Privado (cf. SARLET, 2003, p. 360).

⁹⁸⁰ Cf. PERLINGIERI, 1999, p. 11.

⁹⁸¹ Cf. TEPEDINO, 2001, p. 2.

⁹⁸² Como afirmava Demolombe, diante do “direito claro” não era possível qualquer comentário e “a lei devia ser aplicada mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade”. Ou, como

Como leciona Gustavo Tepedino, tal concepção fomentou uma cultura jurídica, ainda hoje difusamente adotada por uma hermenêutica subvertida, que relega a utilização dos princípios constitucionais, no âmbito do Direito Civil, apenas a um nível de integração subsidiário. Esses princípios somente são aplicáveis na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas todas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. Daí haver averbado que, se estes caminhos são importantes, eles só o são quando contribuem para elucidar princípios constitucionais. Estes sim, superiores e situados no vértice do sistema jurídico, não devem servir apenas como meio de confirmação de um princípio geral de Direito⁹⁸³.

Nessa senda, Pietro Perlingieri ressalta que “a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, na dupla asserção de mera interpretação a partir dos princípios constitucionais e de individuação da justificativa da normativa ordinária sob a ótica funcional, não utiliza plenamente as potencialidades das normas constitucionais”, porque “as normas constitucionais — que ditam princípios de relevância geral — são de direito substancial, e não meramente interpretativas”. Assim, “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fatispecie* em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”⁹⁸⁴.

Verifica-se, portanto, que a discepção entre a aplicabilidade direta e a indireta das normas constitucionais pode ser resolvida pela supremacia constitucional. Segundo Perlingieri, pode-se afirmar que a norma constitucional será sempre utilizada; seja na aplicação indireta, que acontecerá sempre que existir na legislação ordinária uma regulação específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos; seja na aplicação designada direta, quando se esteja na ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário⁹⁸⁵. A normatividade constitucional possui eficácia nas relações socioeconômicas, com ou sem a presença de lei ordinária. Observe-se melhor isso.

5.2.5 Adequação do problema da eficácia das normas constitucionais

dizia Laurent: o estatuto, “mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal” (CAENEGEM, 1999, p. 212).

⁹⁸³ Cf. TEPEDINO, 2001, p. 3. Nessa senda, Julio César Finger assevera que é despicenda a regra do art. 5º da LICC, para que o juiz possa acolher a normatividade constitucional. “Parece de todo inadequado que se necessite lançar mão de um preceito positivado em uma lei ordinária como porta de entrada para o ingresso dos princípios constitucionais na órbita infraconstitucional, como se a Lei Fundamental não detivesse força normativa bastante” (FINGER in: SARLET, 2000, p. 98).

⁹⁸⁴ PERLINGIERI, 1999, p. 11.

⁹⁸⁵ Cf. PERLINGIERI, 1999, p. 12.

As teorias que discutem a aplicabilidade das normas constitucionais na esfera das relações interprivadas tomam pressupostos diferentes ou trilham por caminhos diversos, mas em muitos casos acabam chegando ao mesmo resultado prático. Essa discussão, entretanto, muitas vezes deixa passar despercebida a necessidade de conciliação das normas constitucionais com os princípios do Direito Privado⁹⁸⁶. Por isso, cabe enfatizar que há uma estreita conexão de princípios em todo o sistema jurídico. Como observou oportunamente Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

A unidade do sistema leva a que quando se aplica uma lei, não é ela, apenas, que se está a aplicar, mas todo o Código e todo o sistema legislativo no seu conjunto, pelo que entre a Constituição e a norma de Direito Privado a aplicar não se verifica um hiato, mas um contínuo fluir. Este fluir contínuo é facilitado pelo fato de, por um lado, as Constituições não se limitarem a consagrar a categoria de direitos contra o Estado, mas de se referirem, também, de forma explícita ou implícita, à autonomia privada; por outro lado, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados do Direito Privado serem tão amplos que o seu conteúdo pode ser, facilmente, preenchido pelos valores constitucionais⁹⁸⁷.

A observação da unidade do sistema jurídico possibilita constatar, como demonstra Pereira da Silva, que o problema da concordância prática entre direitos potencialmente conflitantes pode ser colocado tanto no nível do Direito Constitucional, cujas disposições podem ter um âmbito de aplicação mais amplo que os das leis ordinárias, como no nível do Direito Privado, sendo as normas deste integradas com o conteúdo da própria Constituição⁹⁸⁸.

Ou seja, nem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais pode significar, sempre, uma relação direta entre uma determinada norma e qualquer relação jurídica em causa, nem uma aplicabilidade mediata de normas constitucionais significará que os dispositivos de Direito Privado não se encontrem impregnados do conteúdo das disposições constitucionais⁹⁸⁹.

Em suma, à luz do caso concreto se poderá atestar, no processo de aplicação das normas constitucionais às relações interprivadas, considerando em princípio a existência ou não de uma norma de Direito Privado e a forma como esta dispõe sobre as relações entre particulares, três hipóteses lógicas: a) por intermédio do legislador ordinário pode haver uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, pois na edição das normas de Direito Privado ele deve cumprir e aplicar as normas constitucionais; b) também pode ocorrer uma aplicação indireta da Constituição quando o legislador ordinário estabelece princípios,

⁹⁸⁶ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 45.

⁹⁸⁷ PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 46. Perspectiva semelhante é adotada por Juarez de Freitas, quando compreende que a concretização de qualquer norma requer a aplicação, direta ou indiretamente, da totalidade do ordenamento (cf. FREITAS, 1998, p. 53 et seq.).

⁹⁸⁸ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 46.

cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos princípios constitucionais; c) por fim, poderá ocorrer uma aplicação direta da Constituição quando não houver uma lei ordinária concretizadora, não existirem princípios aplicáveis à espécie ou ainda quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais⁹⁹⁰.

Assim, o problema da conciliação dos preceitos do Direito Privado se pode fazer tanto no âmbito do Direito Constitucional, como no do Direito Privado, como, simultaneamente, em ambos. Contrariamente à teoria do afastamento das normas constitucionais exposta anteriormente, é possível compreender que tais normas sempre visam regular as concretas situações da vida, quer seja através da mediação por meio de normas ordinárias; quer imediatamente, quando não existirem normas concretizadoras, princípios fundamentais, ou conceitos gerais e indeterminados; ou ainda, caso estes existam, quando tenham um âmbito de aplicação menor que o das normas constitucionais⁹⁹¹.

5.2.6 Modos de eficácia das normas constitucionais e as cláusulas abusivas

Em face do exposto até aqui, resulta claro que a doutrina permite tanto a aplicabilidade direta como indireta das normas constitucionais nas relações interprivadas. Parece bem, então, que se poderia formular um quadro genérico de duas formas de aplicação em que as cláusulas contratuais poderiam ser testadas frente à normatividade constitucional. Por outro lado, isso não tem grande interesse, pois como visto, não há distinção quanto aos resultados práticos, quando se compreende a unidade do sistema jurídico.

De revés, sem a preocupação em atribuir uma especificação rigorosa, apenas como um ensaio, proposto como necessário adjutório para o exame das cláusulas abusivas, invocável a partir de preceitos constitucionais, sugerem-se dois modos de encarar o problema. O primeiro segue o rumo da aplicação mediata (indireta) das normas constitucionais, e o segundo, o da aplicação imediata (direta).

⁹⁸⁹ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 46.

⁹⁹⁰ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva fala, nesse sentido, da aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 46; cf. também SARLET, 2003, p. 358).

⁹⁹¹ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 46-47.

A aplicação mediata de princípios constitucionais ganhou fôlego com a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002 e a estipulação expressa de princípios condizentes com os princípios do Estado Social⁹⁹². Como é sabido, na Lei 10.406/2002 encontram-se princípios fundamentais dos contratos que são “janelas abertas”, “pontes”, ou “avenidas, bem trilhadas, que vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”⁹⁹³. Assim, até o ponto em que o conteúdo dos princípios constitucionais possa ser absorvido pelos princípios fundamentais dos contratos que possibilitam o controle das cláusulas abusivas, segue sendo adequado e funcional buscar a aplicação indireta das normas constitucionais.

Além disso, como o regime de proteção contra cláusulas abusivas aflora dos princípios infraconstitucionais dos contratos, pinçados, em certa medida, do próprio programa constitucional [4.3.3], qualquer concepção não fica alheia ao cotejo das normas constitucionais e nem pode negá-lo. Por isso, mesmo o entendimento que advoga a aplicação indireta das normas constitucionais às relações interprivadas é obrigado a autorizar o uso de princípios constitucionais no controle das cláusulas contratuais. Vale dizer, ainda que se negue a aplicação imediata da Constituição nas relações contratuais privadas, diante da presença marcante dos princípios infraconstitucionais dos contratos, tidos como reflexos de princípios jurídicos presentes em escalão superior, não seria coerente excluir a normatividade constitucional das bases de sustentação do juízo sobre as cláusulas contratuais.

Na segunda perspectiva encontra-se a possibilidade da aplicação direta de preceitos constitucionais no controle das cláusulas contratuais. Neste passo, primeiro cabe aclarar uma distinção de cunho teórico sobre a colocação de princípios constitucionais na decisão judicial, visando o controle das cláusulas contratuais.

A aplicação de forma indireta das normas constitucionais, através do preenchimento do conteúdo dos princípios infraconstitucionais dos contratos, permite conservar a compatibilidade com o conceito de cláusula abusiva. Será possível identificar as hipóteses em que as cláusulas ofendem os princípios infraconstitucionais dos contratos cuja inobservância caracteriza propriamente a cláusula abusiva, tal como quando há perturbação do princípio da justiça contratual. Já quando a aplicação de princípios constitucionais se realizar de modo direto e ficar fora do âmbito dos princípios fundamentais dos contratos, também se extrapola a tradicional delimitação conceitual de cláusula abusiva, como cláusulas ofensivas de princípios próprios dos contratos. Nesse caso, de acordo com a linguagem corrente, estar-se-ia saindo do âmbito das cláusulas abusivas

⁹⁹² Paulo Netto Lôbo reconhece que o novo Código introduziu princípios contratuais típicos do Estado social. “São eles: a) princípio da função social do contrato; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material do contrato” (LÔBO, 2002, p. 189 e 195).

⁹⁹³ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 24-48, jul. 1998. p. 26.

para o campo das cláusulas ilícitas, que são coibidas por normas não propriamente do Direito dos Contratos, ou até mesmo se entraria na esfera do abuso de direito onde o controle se efetiva pelos princípios de toda a ordem jurídica.

Nada obstante, é possível encontrar apoio teórico para a colocação direta de princípios constitucionais na decisão judicial que vise o controle das cláusulas contratuais, na doutrina civil-constitucional. A leitura civil-constitucional atribui fundamentos constitucionais ao Direito dos Contratos e, em consequência, coloca a livre determinação do conteúdo contratual dentro dos contornos delineados pelos princípios constitucionais⁹⁹⁴.

Nessa concepção, o horizonte contratual está circunscrito pelos ideais constitucionais de justiça social (art. 170, *caput*), solidariedade social (ar. 3º, I), erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III; 170, VII), respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), valor social da livre iniciativa (art. 1º, VI), prevalência do bem comum (art. 3º, IV), igualdade (art. 5º, *caput*), proteção do consumidor (art. 170, V), etc. São os princípios constitucionais que servem de orientação à tarefa tanto do legislador como do aplicador, que deles não se poderão afastar, eis que constituem pressupostos de validade do sistema jurídico. Daí segue-se, nessa perspectiva, a possibilidade de aplicação não apenas mediata, mas imediata de princípios constitucionais, para o controle das cláusulas contratuais.

Essa interpretação fica clara quando Luiz Edson Fachin comenta a importância dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Privado, ensinando que, “no domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais, vinculantes e de caráter normativo”. O respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, são garantias desse rol. Dessa forma, “não há liberdade contratual com ofensa à igualdade, e não se deve a aplicação, mesmo genérica, dos princípios constitucionais. Os princípios e as regras constitucionais se aplicam direta e imediatamente nas relações interprivadas”⁹⁹⁵.

Para confirmar essa assertiva, também outros autores já se pronunciaram expressamente sobre a incidência de princípios constitucionais no controle das cláusulas contratuais. Como ensina James Marins, os contratos privados, inclusive interempresariais, podem ver testadas as suas cláusulas, e coibida a abusividade, em decorrência dos desideratos constitucionais⁹⁹⁶. Segundo o autor:

⁹⁹⁴ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 106 et seq.; cf. também MELLO, H. in: TEPEDINO, 2001, p. 320.

⁹⁹⁵ FACHIN, 2000, p. 35.

⁹⁹⁶ Nesse aspecto, leciona James Marins de Souza: “Qualquer interpretação normativa, qualquer aplicação mecânica de regra jurídica que sustente a prevalência da abusividade, seja nos atos do poder público, seja no quadrante das relações privadas, como nas relações contratuais interempresariais, carrega consigo grave vício de

A vedação da permissão do abuso contratual decorre de nosso sistema, de forma pungente ainda que ausente texto específico, mas sobretudo como decorrência da regra do pará. 2º do art. 5º de nossa norma fundamental: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”⁹⁹⁷.

Carlos Goulart Ferreira ressalta que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como os da *igualdade* e da *dignidade*, têm grande influência no Direito Privado e aplicação imediata: “foram concebidos para assegurar a liberdade jurídica da pessoa diante da prepotência do Estado ou de grupos econômicos poderosos”⁹⁹⁸.

E como ensina com propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo as normas que dispõem sobre a Justiça Social, as chamadas programáticas, contém imperatividade e supremacia, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-las. Daí decorre que nenhum sujeito, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato — geral ou individual, abstrato ou concreto — em descompasso com qualquer norma constitucional, sem que tal ato seja nulo e da mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo⁹⁹⁹.

Em relação às normas de direitos fundamentais, Vasco Pereira da Silva assinala que, entre iguais, basta que se garanta uma eficácia mínima dos direitos fundamentais, a fim de evitar a sua inutilização face às concretas situações da vida, evitando que os cidadãos ponham em causa, pela sua atuação, o núcleo essencial dos direitos fundamentais de outrem. Mas, “quando em causa uma relação de desigualdade, a doutrina é unânime em afirmar que, relativamente a essas entidades privadas, a intensidade da vinculação é similar à do Estado”¹⁰⁰⁰.

Independentemente do modo como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é possível constatar — tal como sustentam Vieira de Andrade e Ingo Sarlet — que há uma substancial convergência de idéias em relação ao fato de que no âmbito privado ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social. Essas situações geram violações à liberdade individual,

origem: o desapego ao sistema com a injurídica inobservância dos postulados e desideratos constitucionais, supedaneados no arcabouço irremovível dos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade é decorrente da imperatividade da prevalência do primado do direito (supremacia da norma constitucional), garantida sua eficácia através do inafastável controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário (jurisdição constitucional)” (MARINS DE SOUZA, 1996, p. 97).

⁹⁹⁷ E continua as suas lições: o “sistema fundado em tais postulados e desideratos não permite a abusividade, contratual ou não, pública ou privada. Não aceita que norma jurídica infraconstitucional contemple a lei-doma-mais-forte. Nem mesmo por omissão. Presentes tais valores, não serve o nosso Estado de Direito para imprimir caráter dogmático à vetusta idéia romana do *pacta sunt servanda*. Não há pacto válido nutrido no seio da abusividade. Aonde a norma permite o abuso desaparece o Direito em sua dimensão mais elevada, cabendo ao Poder Judiciário sua restauração.” (MARINS DE SOUZA, 1996, p. 97). Na linha de fundamentação da revisão contratual em bases constitucionais, cf. também, EFING, 2002, v. 1, p. 14-15.

⁹⁹⁸ Cf. FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 111.

⁹⁹⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 237.

¹⁰⁰⁰ Cf. PEREIRA DA SILVA, 1987, p. 49.

provocando intolerância para com as discriminações que atentam contra a dignidade da pessoa humana. De qualquer forma, cabe zelar para que se encontre um ponto de equilíbrio entre estes princípios e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial¹⁰⁰¹.

Consoante esse raciocínio, Ingo Sarlet considera que, no âmbito das relações entre particulares, assume destaque tanto a dimensão jurídico-objetiva quanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, justificando, como consequência, uma “eficácia irradiante” e um “dever de respeito”, “assim como a necessidade de uma interpretação — não apenas das leis mas também dos atos de particulares — conforme a Constituição e, especialmente, conforme aos direitos fundamentais”. Com isso, fica permitido às pessoas físicas e jurídicas proteger-se “contra agressões oriundas de particulares, poderosos ou não”. Assim, está assegurada a possibilidade de o particular opor — consideradas as limitações do caso concreto e a tensão gerada por eventual colisão de direitos — seu próprio direito em relação aos outros particulares, assim como o direito de exigir do Estado que efetive seu dever de proteção¹⁰⁰².

Observadas essas duas vias pelas quais é possível confrontar as cláusulas contratuais com as normas constitucionais, agora, como já se revelou na exposição feita, para seguir em frente é preciso fazer uma outra distinção. Na Constituição, existem normas que estabelecem direitos fundamentais, assim como muitas outras normas que traçam objetivos e diretrizes políticas básicas ou os fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade¹⁰⁰³. São normas diferenciadas, que podem ter especificidades quanto ao seu papel no controle das cláusulas contratuais nos contratos civis e empresariais. Em vista disso, cabe investigar, em primeiro lugar, sob que condições as normas constitucionais programáticas terão aplicação no Direito dos Contratos, para o controle das cláusulas contratuais. Esse assunto precisa ser tratado agora.

5.3 Condições de aplicabilidade das normas constitucionais

5.3.1 Normas programáticas são de aplicabilidade imediata

¹⁰⁰¹ Cf. SARLET, 2003, p. 357.

¹⁰⁰² Cf. SARLET, 2000, p. 158.

¹⁰⁰³ Luís Roberto Barroso, além das duas categorias mencionadas, ainda destaca as normas constitucionais de organização: “normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político” (BARROSO, 2001, p. 94).

A questão que se propõe à discussão é a seguinte: Existe possibilidade de uma vinculação dos particulares às normas programáticas? Qual a intensidade da eficácia das normas programáticas nas relações interprivadas? E, por fim, as normas constitucionais programáticas podem servir para o controle das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais?

Estas indagações poderiam parecer sem sentido para quem já admitiu com toda segurança que as cláusulas abusivas podem ser confrontadas pela aplicação analógica do CDC, assim como pela aplicação de princípios gerais dos contratos. Entretanto, para demonstrar a coerência da totalidade do Direito envolvido na questão, insiste-se que é preciso desvelar as potencialidades do nível hierárquico constitucional. Cabe evidenciar que, neste âmbito, as cláusulas abusivas também são insustentáveis, e o juiz poderá testar a sua validade desde os enunciados constitucionais tidos tradicionalmente como os mais frágeis da Constituição: as chamadas “normas programáticas”.

A classificação como programática, na doutrina clássica, era atribuída para afastar a aplicabilidade de uma norma constitucional incômoda. Ao tachá-lo de programático, tomava-se um caminho apropriado para colocar de lado um princípio¹⁰⁰⁴. As normas programáticas “figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica”¹⁰⁰⁵, por isso, para evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais¹⁰⁰⁶, costumava-se servir-se da alegação de programaticidade de seu conteúdo. Atualmente, a elas é reconhecido um valor idêntico a todas as demais normas constitucionais, com caráter vinculativo, transportando para o sistema princípios, fins e valores nelas incorporados, dos quais legislador¹⁰⁰⁷, executivo e juiz não podem afastar-se.

¹⁰⁰⁴ SILVA, José, 1998, p. 153.

¹⁰⁰⁵ BARROSO, 2001, p. 120.

¹⁰⁰⁶ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 211.

¹⁰⁰⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, analisando uma norma semelhante às que interessam neste estudo, avalia que, se por um lado o princípio da democracia social e econômica “é tão-somente um *princípio jurídico fundamental objetivo* e não uma *norma de prestação subjetiva*” (CANOTILHO, 2002, p. 141), por outro lado, contudo, “o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido diretamente pela Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética ‘neutralidade econômica’ da Constituição ou de um pretense mandato democrático de maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e econômica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui-se um *limite* e um *impulso* para o legislador. Como *limite*, o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como *impulso*, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição. Esta política, como demonstra J. Rawls, tanto pode ser de cariz liberal-social (não socialista) como de natureza social-democrata (com alguns acenos socializantes), desde que se proponha satisfazer as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa igualdade de oportunidades” (CANOTILHO, 2002, p. 344). Daí surge aos juízes a tarefa de verificar se o legislador do Novo Código Civil de 2002 atendeu aos desideratos da Constituição em relação à ordem econômica.

Está ultrapassada a idéia de que as normas programáticas não têm nenhum valor para a atuação do legislador ordinário e do concretizador das normas. José Afonso da Silva demonstrou exaustivamente que as normas programáticas têm imperatividade e eficácia jurídica. “Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo — imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas sempre imperatividade”¹⁰⁰⁸. Como se observa nesse raciocínio, tanto os particulares como as entidades estatais estão vinculados aos preceitos programáticos; mas a questão é como e em que medida isso ocorre? Isso normalmente não é satisfatoriamente respondido.

José Afonso da Silva concebe que são “programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”¹⁰⁰⁹.

Nessa acepção, as normas programáticas buscam atribuir fins ao Estado, o que lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, visando a “instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. Esta é o fim que os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social”¹⁰¹⁰. A Constituição enumera os princípios da ordem econômica que dão à justiça social um conteúdo preciso, possibilitando compreender que “o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível)”. Mas tudo depende da aplicação das normas constitucionais¹⁰¹¹.

Segundo o ilustrado constitucionalista, as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social, “constituem Direito imediatamente vigentes e são diretamente aplicáveis”. Deste modo explica:

a determinação constitucional segundo a qual a ordem econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma *norma-fim*, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ SILVA, José, 1998, p. 153-154.

¹⁰⁰⁹ SILVA, José, 1998, 138.

¹⁰¹⁰ SILVA, José, 1998, p. 141.

¹⁰¹¹ SILVA, José, 1998, p. 142.

¹⁰¹² SILVA, José, 1998, p. 143-144.

Assim também, todos os demais princípios informadores da ordem econômica, tais como a propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, são princípios dessa natureza. Por isso, “hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como *princípios-condição* da justiça social”¹⁰¹³.

Como assinala adiante, as normas programáticas do art. 170 “já indicam certos critérios a serem seguidos pelo legislador”, sendo assim, “qualquer lei que atente contra algum desses princípios deve ser declarada inconstitucional”. O julgamento de valor do juiz está deixado a um “terreno amplo para o exercício de uma função interpretativa criadora, porque a Constituição não dá o conceito de valorização do trabalho humano, nem de existência digna, nem de ditames da justiça social, limitando-se a indicar certos princípios a serem observados, mas não bem definidos”¹⁰¹⁴. Contudo, é necessário destacar que, “ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos”¹⁰¹⁵.

É claro que o Judiciário, para a universalização congruente da aplicação das normas constitucionais programáticas, depende da existência de possibilidades estruturais de sua realização e até, às vezes, as normas programáticas podem esconder o problema da “constitucionalização simbólica”¹⁰¹⁶. Mas o certo é que, em face do exposto acima, incumbe fazer uma menção de advertência para os juízes que estão acostumam a denegar o exame judicial interno dos contratos civis e empresariais, ancorando com sua omissão a exploração contratual pelos predisponentes, que impõem cláusulas contratuais abusivas. Como enfatiza José Afonso, cabe chamá-los à

¹⁰¹³ SILVA, José, 1998, p. 143-144.

¹⁰¹⁴ SILVA, José, 1998, p. 160.

¹⁰¹⁵ SILVA, José, 1998, p. 160.

¹⁰¹⁶ Como bem observa Marcelo Neves, “os agentes estatais não podem propor ou executar outro programa, nem sequer agir contra o programa constitucional”. De outro lado, não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que a universalização congruente de normas constitucionais programáticas depende da existência de possibilidades estruturais para sua realização. Contudo, do ponto de vista da “constitucionalização simbólica”, as disposições programáticas não respondem “a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional”. Pelo contrário, para que se pudesse realizar, esse conteúdo dos dispositivos programáticos exigiria uma mudança da estrutura social e política. Além disso, “a rejeição ou deturpação das normas programáticas ao nível do processo concretizador não resulta apenas da omissão, mas também da ação dos órgãos estatais”. Aqui o ponto que se deseja destacar: “Diante das injunções do ‘meio ambiente’ social da Constituição, especialmente das relações econômicas e políticas, a ação dos agentes estatais encarregados de executar as disposições programáticas dirige-se freqüentemente no sentido oposto ao do aparente programa”. Desse ponto de vista, “não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos”, “constituem ‘letra-morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucional-social” (NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 102-104).

responsabilidade social pelo descumprimento do seu dever de preservar a consistência das normas-fins do Estado, em vista dos “ditames da justiça social” (art. 170, *caput*), redução das desigualdades sociais (art. 170, VII), entre outros.

5.3.2 Normas programáticas e o controle das cláusulas abusivas

Como visto acima, as normas constitucionais, mesmo aquelas chamadas programáticas, possuem *natureza jurídica*, o que garante a unidade normativa do sistema. Não há, na Constituição, proposições ociosas, sem força cogente. Ao juiz incumbe a tarefa de concretizar, que significa “dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade”, como explica Paulo Bonavides¹⁰¹⁷. Na prática, o grande problema é estabelecer uma hierarquia entre os princípios constitucionais, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplicá-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los, enfim, exequíveis em toda a sua plenitude¹⁰¹⁸.

Daí o autor haver averbado, com igual felicidade, que sem a concretude integrativa às normas constitucionais programáticas a hermenêutica se destaca dos vínculos com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sem a concretização de direitos sociais, certamente não se alcançará jamais “a Sociedade livre justa e solidária” (art. 3º); assim como não se conseguirá a “redução das desigualdades sociais”, que é princípio da ordem econômica (art. 170, VII) e, simultaneamente, um dos fundamentos da república (art. 3º)¹⁰¹⁹. Desse modo, impõe-se aquilo que as teorias liberais consideravam um paradoxo ou uma singularidade inadmissível: “a natureza social dos direitos individuais”. Essa concepção, que para os liberais era “impura e promíscua”, passa a ser adotada por parte considerável da doutrina contemporânea¹⁰²⁰.

Algumas vezes, o que está faltando são esclarecimentos sobre a operacionalidade das normas programáticas. Como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello, cabe verificar que muitas disposições sobre Justiça Social são preceptivos constitucionais que, em decorrência de sua dicção, dependem de normação infraconstitucional para despenderem a plenitude dos efeitos que neles se encontram virtualmente abrigados.

¹⁰¹⁷ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 558.

¹⁰¹⁸ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 580.

¹⁰¹⁹ BONAVIDES, 2001, p. 594.

¹⁰²⁰ BONAVIDES, 2001, p. 590.

Esses preceitos, apenas com menor intensidade, deflagram efeitos imediatos; contudo, não possibilitam o desfrute positivo de um benefício, nem permitem que possa ser juridicamente deferido¹⁰²¹.

Sem embargo, permitem aos interessados contraporem-se aos atos contrários à previsão constitucional. Vale dizer: “se não proporcionam sacar uma utilidade positiva, fruível a partir da simples norma constitucional, proporcionam, entretanto, empecer comportamentos antinômicos ao estatuído”. Daí que, por força disso, emerge a conseqüência de impor ao exegeta, na análise de quaisquer atos ou relações jurídicas, contenciosas ou não, “o *dever jurídico* inescusável de interpretá-los na mesma linha e direção estimativa para que aponte o dispositivo constitucional”¹⁰²².

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso considera como normas programáticas as que “prevêem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir”. Essas características estão presentes em normas como: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras [...]” (art. 215, § 1º); ou a que elege como princípio geral da atividade econômica a “função social da propriedade” (art. 170, III)¹⁰²³. Esses exemplos se enquadram naquele tipo de normas em que a produção de resultados depende de um juízo de conveniência e oportunidade, que excluem a intervenção judicial para a sua concreção efetiva. Ou seja, não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, a prestação positiva¹⁰²⁴.

Todavia, por certo, o descumprimento de desideratos fixados em normas programáticas constitui, também, ofensa à Constituição¹⁰²⁵. Desse modo, faz nascer um direito subjetivo “negativo”, a abstenção da prática de atos que venham contra os seus ditames. Como ressalta Roberto Barroso:

Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, atípico (v. supra, cap. IV, nota 25), elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la¹⁰²⁶.

Assim, continua o ilustre constitucionalista, se por um lado as normas programáticas não ensejam o desfrute imediato de qualquer bem jurídico, no sentido de uma prestação positiva, por outro, no entanto, “elas conferem por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis

¹⁰²¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 238.

¹⁰²² Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 239.

¹⁰²³ Cf. BARROSO, 2001, p. 165.

¹⁰²⁴ Cf. BARROSO, 2001, p. 121.

¹⁰²⁵ Cf. BARROSO, 2001, p. 165.

¹⁰²⁶ BARROSO, 2001, p. 121.

em sede judicial”¹⁰²⁷. Donde, é possível concluir, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que as normas constitucionais em apreço conferem, de imediato, sob o ângulo subjetivo, direito a:

- a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional;
- b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras¹⁰²⁸.

Consoante esse raciocínio, em nosso entendimento será possível exigir em juízo a abstenção de atos contrários aos ditames das normas constitucionais programáticas não apenas dos Poderes Públicos, mas também das pessoas privadas que realizam condutas ofensivas a tais desideratos. Sempre quando, nas relações entre pessoas privadas, em seu exercício o titular de um direito atinja outra pessoa, apontando para um sentido contrário aos preceitos constitucionais programáticos, os afetados terão direito subjetivo de obter decisões judiciais orientadas pelos preceitos constitucionais envolvidos.

Ora, é justamente o que ocorre nas avenças contratuais sobre cláusulas abusivas. As estipulações que desequilibram as relações contratuais entre partes desiguais certamente não atendem ao conjunto das normas constitucionais programáticas e princípios gerais da ordem econômica e financeira, assim como também entram em confronto direto com outras normas fundantes do Estado Democrático brasileiro e com os objetivos da República Federativa.

As cláusulas que aporem a presença de obrigações “iníquas, abusivas”, que coloquem qualquer aderente em desvantagem exagerada nas relações civis e comerciais, são incompatíveis, seja com os “valores sociais da livre iniciativa” (art. 1º, IV), seja com os “ditames de justiça social” (art. 170, *caput*), ou ainda com a “redução das desigualdades sociais” (art. 3º, III, art. 170, VII), entre outros, como será analisado adiante. Sendo assim, tais cláusulas geram, às pessoas atingidas, um direito subjetivo “negativo” de manifestar ao juiz a pretensão para a abstenção de tais imposições. Os preceitos constitucionais ofendidos podem ser direta ou indiretamente invocados e aplicados no controle de cláusulas contratuais nas relações interprivadas. A mesma ética social exigida dos poderes públicos deve ser oponível frente a agressões oriundas de particulares.

Calcados nessas premissas, temos por certo que, aos cidadãos e pessoas jurídicas, assiste o direito subjetivo de exigir em juízo a abstenção de cláusulas abusivas, com base em preceitos constitucionais programáticos. Como exposto mais acima, no caso do Direito Civil e Empresarial, a lei infraconstitucional contém princípios ou cláusulas gerais; então, pelo menos até o limite em que possam ser acolhidos os princípios

¹⁰²⁷ BARROSO, 2001, p. 156.

¹⁰²⁸ BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 243; cf. também BARROSO, 2001, p. 122.

constitucionais, a invocação e a aplicação podem ser feitas de modo indireto, preenchendo as pautas principiológicas infraconstitucionais com o conteúdo constitucional.

Deveras, quando a lei infraconstitucional restritiva de direitos (no caso que aqui se trata a normativa dos contratos no Código Civil), com seus princípios, não puder acolher em toda a extensão e alcance os princípios programáticos constitucionais, estes poderão ser invocados diretamente. Por isso, ainda que não existisse uma lei restritiva da liberdade contratual no âmbito infraconstitucional, seria possível invocar as normas constitucionais, inclusive as programáticas, para coibir cláusulas contratuais abusivas.

Admitida a plena eficácia das normas constitucionais programáticas na esfera privada, e tendo-se visto quando pode surgir tal oportunidade de aplicação no controle das cláusulas abusivas, serão particularmente bem mais fortes as razões para se aceitar a imperatividade das denominadas normas de “direitos fundamentais”.

Não obstante, nada se disse até agora sobre a restrição direta de direitos constitucionais sob o enfoque dos princípios, sem que existam limitações explícitas em lei ordinária. Por exemplo, será que princípios constitucionais como o da livre iniciativa, o da solidariedade, ou o da igualdade substancial podem predominar uns sobre os outros de modo incontestado e absoluto nas relações econômicas? Essas questões precisam ser tratadas mais detalhadamente agora.

5.3.3 Normas de direitos fundamentais contêm limites constitucionais

a) Os princípios constitucionais como limites à liberdade contratual

Seria temerário admitir a existência de uma aplicação absoluta dos princípios constitucionais na esfera privada sem cotejar, aferir, checar a legislação ordinária, e sem adotar algum parâmetro metodológico. Por isso, no atual estágio doutrinário recomenda-se que é imprescindível visualizar a normatividade da ordem jurídica como um todo coerente. Além disso, se aconselha conjugar os princípios e interpretá-los visando preservar cada um, desde o nível constitucional, de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que fez ao regular o alcance do preceito constitucional, ou seja, de onde todos os demais princípios retiram a sua validade. Dessa contemplação panorâmica poderá descortinar-se a incongruência ou a lacuna de regras infraconstitucionais.

O problema da invocação de princípios se revela especialmente na esfera das relações interprivadas quando se conclui que as restrições impostas a um princípio pelo legislador ordinário se fazem também por outros princípios. Pense-se no princípio da liberdade de iniciativa, que é a expressão da autonomia privada e da liberdade contratual no campo constitucional¹⁰²⁹, e observem-se alguns aspectos de sua restrição no âmbito da lei civil.

As restrições ao princípio da liberdade contratual serão bem mais incisivas no Direito dos Contratos quando se buscar, para além das regras expressas, a concretização dos outros princípios, como o da justiça contratual ou da equivalência material, da função social do contrato e da boa-fé, justamente porque estes princípios, que também são plexos dos princípios constitucionais, não receberam amplas garantias de efetivação pelas regras. Ou seja, as regras do Direito Civil ficaram muito aquém do que exige a concretização dos princípios infraconstitucionais que precisam ser respeitados pela autonomia privada dos mais fortes e, por conseguinte, não viabilizam a efetivação dos princípios constitucionais que estão na base desses princípios infraconstitucionais. Assim, também não há garantias de que tais princípios constitucionais venham a fazer-se realidade, se não houver a concretização independente e além das regras. Daí o motivo porque a invocação dos princípios constitucionais se torna necessária, pelo menos para sustentar uma coerência do juízo de princípio.

Por força disso, levanta-se o problema da possibilidade de encontrar limites à autonomia privada contratual (“livre iniciativa”) desde o regramento constitucional. As questões que se colocam à reflexão são as seguintes: os direitos, enquanto princípios constitucionalmente assegurados, podem encontrar algum limite do seu âmbito de exercício na própria Constituição? Por exemplo, o princípio constitucional da “livre iniciativa” e seus subprincípios mais densos, como a “livre concorrência” e a “liberdade contratual”, derivados da liberdade econômica assegurada na Constituição, poderiam encontrar limites mesmo que não houvesse qualquer disposição legislativa infraconstitucional designando-lhes uma restrição? E, neste caso, os juízes estariam autorizados a fazer as densificações e concretizações de outros princípios constitucionais para intervir nas relações interprivadas?

Responder essas questões será adentrar no estudo das possibilidades de controle das cláusulas abusivas, nos contratos civis e empresariais, a partir da colocação de princípios constitucionais na prática da decisão judicial. Para tanto, será fundamental compreender a existência de limites à autonomia privada decorrentes desde o nível da própria Constituição.

¹⁰²⁹ Cf. AMARAL NETO, 1988, p. 17.

Efetivamente, não havendo restrições ou limites expressos diretamente pela Constituição ou indiretamente pela lei, há possibilidade de restrições, as quais são chamadas de limites constitucionais não escritos. Entretanto, não há unanimidade doutrinária sobre como isso ocorre. Existe mais de uma concepção que defende a idéia de limites constitucionais aos direitos fundamentais. Observe-se a primeira delas, a que concebe limites implícitos ou *limites imanes*.

José Carlos Vieira Andrade ressalta que as liberdades não são “naturais”, mas “jurídicas”. Compreende que os direitos têm os seus *limites imanes*, isto é, as fronteiras definidas pelo ordenamento que os cria ou recebe, porque a proteção não abrange todas as situações, formas ou modos de exercício pensáveis para cada um dos direitos, como aconteceria se a ordem jurídica concedesse direitos aos indivíduos para que deles fizessem uso como bem entendessem. Se não estão expressos em normas particulares ou na Constituição, no entanto, certos limites imanes dos direitos “só são determináveis por interpretação, pelo fato de estarem apenas *implícitos* no ordenamento constitucional”¹⁰³⁰.

A dificuldade será a determinação desses limites. Nesse aspecto, Vieira Andrade destaca que é muito difícil determinar os contornos do bem protegido, “sobretudo quando o seu exercício se faça por modos atípicos ou em circunstâncias especiais, afetando, de uma maneira ou de outra, valores ou direitos também constitucionalmente protegidos”¹⁰³¹.

Alguns afirmam que os limites imanes decorreriam da noção de *não-perturbação* — “cada direito seria limitado pela existência de outros direitos, evitando-se o abuso e o prejuízo dos outros”¹⁰³² — mas essa idéia não permite distinguir a colisão de direitos. Outros, a respeito de “exigências mínimas da vida em sociedade”, falam de uma “*cláusula da comunidade*”, no sentido de que os direitos estariam sempre limitados, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade. Essa idéia é criticada por ser vaga e não ter apoio constitucional. Outros, por fim, acreditam que os direitos estariam limitados pelas “leis gerais”, como o Código Civil; mas, assim, poderiam inverter a hierarquia das normas, retrocedendo ao tempo em que os direitos fundamentais somente existiam no quadro das leis ordinárias¹⁰³³.

A solução apresentada por Vieira Andrade é encarar o assunto como problema de *interpretação* dos preceitos constitucionais que estabelecem os direitos. Cabe questionar, em cada caso, se a esfera normativa do

¹⁰³⁰ ANDRADE, J., 1987, p. 215-216.

¹⁰³¹ ANDRADE, J., 1987, p. 216.

¹⁰³² Nesse sentido poder-se-ia entender que as inúmeras implicações diretas que o exercício da liberdade econômica imprime nos direitos de outrem estão a revelar que ele nunca poderá ser ilimitado. Sempre que, num caso concreto, haja uma situação de conflito, porque o exercício de uma liberdade, por parte do seu titular, colide com o exercício da liberdade de outro titular, a solução requer se imponham limites a esses direitos, para que possam coexistir.

preceito em questão abarca, em sua hipótese de incidência, certa situação ou modo de exercício. Se, diante de certa situação concreta de afirmação de direitos, verificar-se que o conteúdo essencial de um direito foi ofendido, ou se a configuração dos fatos atingiu *intoleravelmente* a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, o intérprete deverá concluir que “a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe”. Preconiza, então, que “o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido”¹⁰³⁴.

Segundo Alexy as restrições de um direito não decorrem da idéia de que as liberdades estariam já de antemão limitadas. Os direitos transportam dimensões objetivas que supõem uma otimização contextual. Em primeira linha não existe nenhuma precedência de um princípio constitucional sobre o outro: somente pela ponderação no caso concreto é que se poderá chegar a alguma restrição¹⁰³⁵ [4.1.1.a]. Segundo ele, o grande problema não é “o caráter das restrições”, mas a “constatação do alcance de sua restrição definitiva”¹⁰³⁶. Em questões problemáticas, em que uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra formulada de antemão, essa postura metodológica indica como tarefa a necessidade de conferir os pesos dos princípios que entram em colisão, a fim de determinar a precedência de algum deles¹⁰³⁷.

¹⁰³³ Cf. ANDRADE, J., 1987, p. 218; cf. também BARROS, 1996, p. 167.

¹⁰³⁴ ANDRADE, J., 1987, p. 219.

¹⁰³⁵ Cf. ALEXY, 1993, p. 267 et seq. Segundo Alexy, “*a la pregunta qué son las restricciones de derechos fundamentales se ofrece una respuesta simple: las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales prima facie*” (ALEXY, 1993, p. 272). “*Pero, también principios pueden ser restricciones de derechos fundamentales. Cuando el Tribunal Constitucional Federal dice que “derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional” pueden limitar derechos fundamentales, se refiere a restricciones de derechos fundamentales que tienen el carácter de principios. Desde luego, por sí solos, tales principios restrictivos no pueden colocar al individuo en determinadas posiciones definitivamente restringidas (no-liberdades, no-derechos). Para llegar a restricciones definitivas, se requiere una ponderación entre el respectivo principio de derecho fundamental y el (los) principio(s) que lo restringe(n)*” (ALEXY, 1993, p. 275). Mais adiante, o autor salienta que há uma garantia do conteúdo essencial, como restrição às restrições: “*Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental*” (ALEXY, 1993, p. 286). Em tradução livre lê-se: “à pergunta: o que são restrições de direitos fundamentais, se oferece uma resposta simples: as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais prima facie” [...] “Porém, também princípios podem ser restrições de direitos fundamentais. Quando o Tribunal Constitucional Federal disse que ‘direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de nível constitucional’ podem limitar direitos fundamentais, se refere a restrições de direitos fundamentais que têm o caráter de princípios. Desde logo, por si somente, tais princípios restrictivos não podem colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não-liberdades, não direitos). Para chegar a restrições definitivas, se requer uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o (os) princípio(s) que o(s) restringe(m)”. Mais adiante, o autor salienta que há uma garantia do conteúdo essencial como restrição às restrições: “Uma restrição dos direitos fundamentais é somente admissível se, no caso concreto, a princípios opostos lhes corresponde um peso maior que ao princípio jusfundamental”.

¹⁰³⁶ ALEXY, 1993, p. 511 et seq.

¹⁰³⁷ Nas palavras de Alexy: “*La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la*

Consoante essa compreensão e de acordo com o entendimento de Canotilho, Ingo Sarlet ressalta que não é possível defender a existência de decisões invariáveis, uma vez que o tratamento adequado da eficácia direta nas relações entre particulares e a intensidade da vinculação destas aos direitos fundamentais deve ser ajustada às circunstâncias do caso concreto. Por isso são insuficientes os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência¹⁰³⁸. Outrossim, reprisa o eminente estudioso:

no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vislumbra-se inequivocamente a necessidade — em face de conflito entre autonomia privada (e liberdade contratual) e outros direitos fundamentais — de uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que, de modo geral, deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão (conflito) entre direitos fundamentais de diversos titulares¹⁰³⁹.

Mesmo sem adotar a concepção institucionalista de Häberle¹⁰⁴⁰, parece que a sua lição pode contribuir para pensar na limitação dos direitos e princípios constitucionais. Na sua concepção, a interpretação e integração do direito estão condicionadas pela necessidade de atender ao máximo o complexo de princípios, seguindo por hipótese de trabalho “uma equiparação justa, racional”, em vista da realidade presente¹⁰⁴¹. Assim, é possível constatar uma necessidade prática, que não exclui o poder de fiscalização constitucional dos juízes, nem coloca, portanto, os direitos à livre disposição do legislador¹⁰⁴².

precedencia puede ser solucionada inversamente” (ALEXY, 1993, p. 92). Em tradução livre lê-se: “A solução da colisão consiste melhor em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”.

¹⁰³⁸ Cf. SARLET, 2000, p. 157.

¹⁰³⁹ SARLET, 2000, p.159.

¹⁰⁴⁰ Numa análise sintética da *teoria institucionalista* dos direitos fundamentais, Alexy afirma que “*su tesis normativa básica es que los derechos fundamentales deben ser institutos. Lo que esto significa depende del ambiguo concepto de lo institucional [...]. Para serem institutos, los derechos fundamentales tienen (1) que ser efectiva y permanentemente invocados por el mayor número posible y (2) tener un efecto estabilizador lo más alto posible con respecto al ‘todo de la Constitución y del orden social’. [...] la ponderación, juega un papel central en la ‘teoría institucional’ de Häberle*” (cf. ALEXY, 1993, p. 544-545). Em tradução livre lê-se: “Sua tese normativa básica é que os direitos fundamentais devem ser institutos. O que isso significa depende do ambíguo conceito do institucional. [...] Para serem institutos, os direitos fundamentais têm (1) que ser efetiva e permanentemente invocados pelo maior número possível e (2) ter um efeito estabilizador o mais alto possível com respeito ao ‘todo da Constituição e da ordem social’. [...] a ponderação, joga um papel central na ‘teoria institucional’ de Häberle”.

¹⁰⁴¹ Conforme resume Larenz, o pensamento de Peter Häberle é de que a Constituição deve ser entendida não tanto como a norma “estatuída”, mas como “processo público” que exige uma interpretação “aberta”, uma “abertura do cânone metodológico”. Isso não quer dizer que “as regras da interpretação clássica” sejam afastadas; seriam similares “antes a um ‘círculo’ na linhagem da Constituição viva”. Desse modo, a “interpretação histórico-genética” teria de ser transformada em interpretação “histórico-evolutiva”; o método histórico teria uma “nova, limitada, legitimação”. O objetivo da interpretação seria “um entendimento da Constituição aberto (ao futuro) e nele uma equiparação de interesses justa, ‘racional’”. Para Häberle, “a aplicação do Direito e, assim, também a realização da Constituição através dos tribunais representam um processo contínuo, no qual a interpretação constitui o fator mediante o qual a norma é permanentemente ajustada a novos dados temporais”(LARENZ, 1997, p. 513).

¹⁰⁴² Cf. ANDRADE, J., 1987, p. 226.

Assim, a hermenêutica constitucional, ajustada às demandas dos novos tempos, permite que os direitos fundamentais e princípios constitucionais sejam colocados na prática jurídica para elucidar a interpretação e colmatação de eventuais lacunas relativas às cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Atualmente, a doutrina constitucional compreende a estabilidade constitucional como uma “estabilidade cambiante”, em vista de situações novas que são albergadas pela densificação constante dos princípios constitucionais na prática jurídica.

b) Por uma eficácia (vinculação) imediata para limitar a liberdade contratual

Consoante a compreensão exposta acima, no processo de concretização dos princípios envolvidos para análise das relações econômicas, os operadores do Direito haverão de considerar uma “equiparação” entre todos os princípios constitucionais retores dos objetivos do Estado, dos fundamentos da República e demais diretrizes da ordem econômica. Nessa análise, ao lado dos princípios da “livre iniciativa” (art. 170, *caput*) e da “livre concorrência” (art. 170, IV), entram preceitos que destacam os “valores sociais da livre iniciativa” (art. 1º, IV, da CF), a “justiça social” (170, *caput*), a necessidade de “redução das desigualdades sociais”, (arts. 3º, III, e 170, VII), e a solidariedade social (art. 3º, I), entre outros.

Em face dessas considerações, mostra-se falsa a idéia de que a “livre iniciativa” e a “liberdade econômica” seriam princípios sem restrições quando não estivessem sujeitas à reserva de lei restritiva expressa. A imposição dos limites, na ordem jurídica concreta, está a cargo, em primeiro lugar, do legislador infraconstitucional. Quando, entretanto, não tenha havido uma manifestação legislativa, essa função caberá aos juízes. Nesta hipótese, fala-se de limites constitucionais não escritos, ou de limites imanentes. Como enfatiza Suzana de Toledo Barros:

Supõe-se, em decorrência de uma teoria constitucional adequada aos direitos fundamentais, que o legislador tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes, assim como, em casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los¹⁰⁴³.

Assim, a hermenêutica atual dos princípios possibilita entender que, mesmo naquele espaço que a concepção clássica compreendia como o âmbito da liberdade contratual, no sentido de não intervenção ou não

¹⁰⁴³ BARROS, 1996, p. 165.

controle pelo Estado, existem *limitações* albergadas virtualmente no ordenamento desde o nível constitucional. Se a “livre iniciativa” (art. 170, *caput* e parágrafo único, da CF) e seus corolários no âmbito contratual não estivessem expressamente restringidos no Código Civil pela função social do contrato (art. 421), pela boa-fé (art. 422, entre outros), equilíbrio contratual (art. 424, entre outros), e demais regras infraconstitucionais, ainda assim o direito subjetivo à liberdade de contrato estaria cerceado por limites intrínsecos à ordem constitucional passíveis de apuração no caso concreto.

Outrossim, caso existirem situações de conflitos de direitos que não estejam albergadas nas restrições infraconstitucionais, tais restrições poderão ser encontradas diretamente nos preceitos constitucionais. O âmbito das relações contratuais, mesmo na falta de regras, não é mais um espaço de não intervenção do Estado. Sempre caberá inquirir sobre os limites à liberdade contratual (“livre iniciativa”) em nível constitucional. O juiz não estará ferindo o princípio da legalidade pelo fato de ir além das regras do Código civil, como sempre pregou a concepção liberal dos contratos.

Aplicando as conclusões genéricas apontadas, cabe destacar que, vista sob o prisma constitucional, a liberdade contratual — que descende da “liberdade econômica” assegurada constitucionalmente — estará sujeita aos limites constitucionais não expressos ou restrições obtidas da análise dos pesos dos princípios. Quer isto dizer que os limites do direito de clausular contratos, quando não forem expressos em regras, devem ser encontrados inclusive a partir dos princípios constitucionais.

Do mesmo modo, cabe observar que, tal como foi disciplinada a liberdade contratual no Código Civil, as restrições impostas colocam em causa o conflito de princípios. Neste caso, quando se revela um embate entre os princípios infraconstitucionais, ao Judiciário emerge a tarefa de encontrar as limitações definitivas, utilizando-se também dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

A parte agravada por cláusulas contratuais injustificadas e em frontal contradição com os princípios constitucionais, muitos deles subjacentes aos princípios infraconstitucionais dos contratos, pode promover ação anulatória, com fundamento nos princípios que norteiam o exercício dos direitos de ordem econômica em sede constitucional.

Mesmo quando não invocados pela parte, aqueles princípios constitucionais que estão ao lado da “livre iniciativa”, na dimensão da “liberdade econômica”, devem ser trazidos pelos juízes para cotejar a plausibilidade do exercício dos direitos subjetivos no âmbito da contratação privada. Nas hipóteses em que o juiz não encontrar um parâmetro nas regras da lei restritiva, a solução envolve uma consideração mais atenciosa da nova metodologia de interpretação constitucional. Cabe observar princípios como o da unidade da Constituição,

o da concordância prática¹⁰⁴⁴, o da proporcionalidade, o da extensibilidade maior e o da imediatidade¹⁰⁴⁵. Enfim, cabe avaliar a dimensão de pesos entre princípios constitucionais e a força deontológica própria de cada um para realizar uma interpretação construtiva.

5.4 Os princípios constitucionais e a invalidação de cláusulas abusivas (ou ilícitas)

5.4.1 O conjunto dos princípios constitucionais envolvidos

Um grande desafio será saber especificamente: quais os direitos fundamentais, objetivos programáticos, princípios gerais, fixados na Constituição, que são ofendidos, ou não alcançados quando, no âmbito contratual, os mais fortes impõem cláusulas desvantajosas aos aderentes vulneráveis.

A resposta a essa questão merece uma consideração do conjunto dos princípios constitucionais. Devido a essa amplitude, advirta-se que o sugerido aqui não se apresenta com aspirações de representar a cabal solução do tormentoso problema posto em foco. É o ponto de partida e não um termo de chegada, pois não acende luzes suficientes para iluminar todo um feixe de conceitos e noções cujo aceno seria necessário para a composição de um sistema realmente científico. Sem embargo, será feita uma perquirição ainda tosca, e exigente de reflexões mais aprofundadas para ulterior aperfeiçoamento.

A ordem econômica e financeira está submetida à normatividade da Constituição, ou melhor, não existe fora dela. Dentro do texto constitucional os dispositivos reguladores também não são uma ilha apartada, são uma parte do todo e nele se integram, de tal modo que a interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da ordem econômica e financeira às demais

¹⁰⁴⁴ Na busca da concordância prática o juiz terá que procurar harmonizar ou equilibrar os bens jurídicos, coordenando-os na solução do problema, de modo a conservar a sua identidade (cf. BARROS, 1996, p. 166).

¹⁰⁴⁵ Segundo Joaquim Carlos Salgado, os princípios que baseiam uma hermenêutica dos direitos fundamentais são: “o da ponderabilidade, o do maior peso, o da extensibilidade maior e o da imediatidade”. Utilizando-se destes princípios, “pode o tribunal, pois está na esfera de sua competência, preencher a lacuna existente, se necessário, criando norma de decisão para o caso concreto”. Ademais, o “Estado de Direito, no seu elemento definidor, é o que declara e garante na Constituição os direitos fundamentais. Ora, declaração sem garantia desses direitos é vazia. E a garantia dos direitos fundamentais só é possível se está a cargo do Judiciário; não é tarefa precípua do Executivo ou Legislativo; a esses cabe o dever de respeitar e realizar tais direitos, mas não é sua a função primeira de garanti-los” (SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean-Christoph; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 194-211, p. 207-211).

disposições do conteúdo constitucional que se espalham nas outras partes da Constituição, como bem ressalta Raul Machado Horta¹⁰⁴⁶.

Assim, a ordem econômica e financeira (art. 170, da CF) é indissociável dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), dos objetivos da República Federativa (art. 3º, da CF) e dos direitos e garantias constitucionais (art. 5º, da CF).

As suas regras devem ter em mira atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta da República Federativa. A ordem econômica e financeira é um instrumento para a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I a IV, da CF). A efetivação dos princípios que informam a ordem econômica e financeira não pode desprender-se dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade, conforme o art. 5º, da CF¹⁰⁴⁷.

Assim, será importante observar, por exemplo, o preceito constitucional que menciona os *valores sociais da livre iniciativa*, erigindo-os ao *status* de fundamento da República (art. 1º, IV); o da *dignidade da pessoa humana*, ocupante do mesmo nível hierárquico (art. 1º, III) e adiante exigindo que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170); o objetivo de construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I); o da *redução das desigualdades sociais* (art. 170, VII), também alçado à categoria de objetivo fundamental da República (art. 3º, III).

Esses comandos constitucionais são dotados de grande abertura semântica, fluidez, vagueza e imprecisão. São preceitos de baixo nível de “determinabilidade”, “densidade” ou “exigibilidade” em relação às tarefas que os concretizadores da Constituição (o legislador, o administrador, o juiz) têm de realizar, para o seu cumprimento no âmbito das relações contratuais. É certa, porém, a imperatividade desses princípios em toda a ordem jurídica brasileira¹⁰⁴⁸. Não são comandos morais insuscetíveis de violação sancionável. A sua imprecisão “não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo”¹⁰⁴⁹. De outra parte, seguramente, nenhum juiz tem discricionariedade para fixar o teor normativo indicado. Por exemplo, não seria

¹⁰⁴⁶ Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 301.

¹⁰⁴⁷ Cf. HORTA, 1995, p. 301.

¹⁰⁴⁸ Neste ponto concordamos com Luis Roberto Barroso: “As normas jurídicas, quer se destinem a organizar o desempenho de uma função estatal (normas de organização), quer tenham por fim disciplinar a conduta dos indivíduos (normas de comportamento), revestem-se de uma característica que é própria ao Direito: a imperatividade” (BARROSO, 2001, p. 76).

¹⁰⁴⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 255.

coerente com tais dispositivos uma decisão cuja argumentação admitisse a imposição de cláusulas abusivas numa relação contratual.

No mesmo sentido, cabe aos poderes do Estado, sobretudo ao Judiciário, zelar pela consideração com a *justiça social* do texto constitucional, que se apresenta tanto no capítulo 2º do Título II, visando proteger os “mais fracos” (trabalhadores, consumidores, etc.), como no art. 170, exigindo que a autonomia privada (“livre iniciativa”) atenda os “ditames da justiça social”. Aliás, a própria Constituição aponta para a tarefa de velar pela integridade do cumprimento das normas pertinentes à *justiça social*, acautelando-se contra o poder dos mais fortes. Essa exortação está no art. 173, § 4º, que prevê a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Todos esses preceitos constitucionais não de ser cogitados sobre o teor repulsivo às cláusulas contratuais abusivas. Existe, todavia, alguma novidade em lançar uma ponte entre os fundamentos, os objetivos, os princípios e os direitos e garantias constitucionalmente previstos (nos art. 1º, 3º, 5º, 170, entre outros) e a possibilidade de invocá-los para coibir as cláusulas abusivas, ou as cláusulas ilícitas, enquanto atos contrários à ordem jurídica, em âmbito constitucional. Trata-se de um campo muito pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência.

Talvez a doutrina não defenda uma aplicação de princípios constitucionais apenas por equívoco, na medida em que confunde a “interpretação livre do Direito”, das teorias tradicionais, na qual o juiz teria ampla discricionariedade, com a “interpretação de princípios”, defendida pela nova metodologia do Direito, na qual, como ficou visto, não há discricionariedade. Nesta visão moderna, o julgamento a partir do conjunto dos princípios constitucionais envolvidos não traz nenhum risco para a “segurança jurídica”, que também é um valor constitucional. A cultura jurídica tradicional impingiu seus traços característicos aos concretizadores das normas que, por isso, salvo raras exceções, não utilizam a aplicação de princípios constitucionais como forma de oferecer tutela ao contratante mais fraco nas relações contratuais civis e comerciais.

O fato é que uma aplicação, mesmo indireta, das normas constitucionais, além de demonstrar uma sustentação mais sólida do juízo, nas decisões judiciais sobre conflitos contratuais, possibilita um aumento dos critérios definidores dos ilícitos nulificantes, na esfera contratual. A irregularidade do exercício proibido pelo Código Civil, no seu art. 187, “encontra naqueles dados normativos da Constituição vários critérios para aferir e alicerçar teleologicamente juízos de negação ou exclusão da regularidade que a lei presume *iuris tantum* ao exercício do ‘direito (subjeto) reconhecido’”, como diz Tomasetti Júnior¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁵⁰ TOMASETTI JÚNIOR, 1995, p. 101.

5.4.2 Noções sobre a aplicação do princípio da livre iniciativa

a) O princípio da livre iniciativa e os valores sociais da livre iniciativa

A liberdade em sentido amplo, liberdade material, é direito fundamental e inalienável do homem em sociedade, fixado no art. 5º, *caput*, da Constituição. Nesse sentido, a liberdade está no cerne dos direitos fundamentais¹⁰⁵¹ e não pode ser entendida apenas em termos formais, isto é, como liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, mas antes tem que ser compreendida como remoção dos obstáculos e barreiras que impedem a auto-realização da personalidade humana e da igualdade substancial. É a essa finalidade que a Constituição consagra os direitos sociais, os quais objetivam proporcionar as bases materiais para que os direitos individuais tenham efetividade para todos e não apenas para determinado grupo dominante, uma elite ou minoria. Daí a importância da consideração, no plano valorativo, do homem-pessoa, do valor do homem concreto, não do homem-indivíduo abstrato¹⁰⁵².

Entretanto, a livre iniciativa, isto é, o âmbito da liberdade no qual se encontra a esfera do Direito Contratual, não é colocada pela Constituição de 1988 como um direito fundamental, entre os dispositivos do seu Título II¹⁰⁵³. Está prevista no art. 170, *caput*, do texto constitucional, o qual afirma dever estar a ordem econômica fundada na *livre iniciativa*. E é reforçada, no mesmo artigo, em seu parágrafo único, nos seguintes termos: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Ainda, além da livre iniciativa, no art. 170, inciso IV, o constituinte menciona o princípio da *livre concorrência*. Independentemente da discussão que se possa fazer acerca de sua distinção e complementaridade, e dos possíveis graus de interpenetração conceitual, essas duas liberdades precisam ser compreendidas dentro de certos limites e lindes impostos pelo Poder Público na ordem econômica¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ Consoante esse entendimento, Joaquim Carlos Salgado ressalta que “a hermenêutica tem de inserir-se nos princípios superiores do direito. Nesse caso, todas as suas regras e princípios subalternos convergem para a realização do fim supremo do direito: realizar a liberdade” (SALGADO in: MERLE; MOREIRA, 2003, p. 205).

¹⁰⁵² Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 154.

¹⁰⁵³ Cf. GRAU, 2001, p. 243.

¹⁰⁵⁴ Cf. DE LUCCA, 2003, p. 190.

A livre iniciativa é termo amplo e não se esgota na noção de *liberdade econômica* ou de *iniciativa econômica*, como também “não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo”¹⁰⁵⁵. É atributo conferido ao empresário, e titulada também pelo trabalho, assim não serve apenas à empresa, mas do mesmo modo a todas as pessoas. É por isso que, mais do que como um princípio fundamental, a Constituição, no seu art. 1º, inciso IV, enuncia como *fundamento* da República os “*valores sociais da livre iniciativa*”. Este preceptivo claramente se constitui num valor supremo, porque os “*valores sociais da livre iniciativa*” são valores fundantes da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito, frise-se: os *valores sociais* e não as vicissitudes individuais da livre iniciativa. Por coerência, o texto constitucional designou ali, naquele mesmo dispositivo e no *caput* do art. 170, em paridade, *trabalho humano* e *livre iniciativa*, de tal modo instituindo-os co-originariamente conjugados e visando atender aos ditames da justiça social.

Essa leitura pode parecer bastante arrojada, contudo, recentemente vem adquirindo aceitação na doutrina e na jurisprudência, especialmente pela possibilidade de uma nova abordagem da livre iniciativa, no sentido dos valores sociais. Ao desvendar quais sejam os valores sociais, na análise do conjunto do próprio texto constitucional, observa-se que o seu preenchimento, na ordem econômica, permite uma atuação do Estado em favor dos mais fracos.

Nesse sentido é que precisa ser entendido o art. 170 da Constituição, como brilhantemente ensina o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves: “embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo”. E adiante esclarece a razão da construção desta norma:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente) um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da **livre concorrência** que a ela está

¹⁰⁵⁵ GRAU, 2001, p. 238. A observação é importante. Eros Grau, analisando a ordem econômica instituída pela Constituição de 1988, avalia que o tratamento conferido à propriedade, associado à consideração da forma de repartição do produto econômico, é determinante da composição das instituições jurídicas e sociais de conformidade com as quais o modo de produção se realiza. Contudo, é mister esclarecer que a liberdade contratual não está disposta em situação simétrica à propriedade privada dos bens de produção, ela é apenas corolário desta última por viabilizar a realização de suas virtualidades. O modo como se viabiliza, porém, “é função do regime adotado em relação aos contratos, entendido como regime a forma como os poderes econômicos se relacionam com a realidade econômica”. Por isso, mesmo no modo de produção socialista pode existir liberdade contratual, assim como o chamado dirigismo contratual não compromete o modo de produção capitalista, mas antes o renova (cf. GRAU, 2001, p. 210-211). Essa noção supera a antiga concepção, tal como compreendia Francesco Messineo. Na sua visão a instituição jurídica do contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade privada. O vínculo da circulação da riqueza privada tinha o mesmo *status* que a propriedade privada (cf. ROSA, 1994, p. 23).

estritamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia clássica, mas **os valores sociais da livre iniciativa**; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da **defesa do consumidor** (que ainda tem como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII) e o da **redução das desigualdades sociais**” (negritos no original)¹⁰⁵⁶.

Eis aí, nessa interpretação, em cores bem rútilas, uma noção jurídica já utilizada pelo Poder Judiciário, na qual a livre iniciativa, por si mesma, não ganha nenhuma prioridade. Desse modo, será bem mais razoável afirmar que, juridicamente, de acordo com o disposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição, a livre iniciativa só pode ser exercida legitimamente quando atender aos “valores sociais” e não aos interesses puramente individuais. Visando demonstrar quais seriam os “valores sociais” da livre iniciativa econômica, o constituinte referiu-se, no *caput* do art. 170, aos “ditames de justiça social”; e, nos sete incisos daquele dispositivo, elevou tais valores à categoria de princípios gerais da ordem econômica.

Deveras, ao observar tecnicamente, em nível constitucional, o regime jurídico privado dos contratos, jamais se poderá tomar em conta apenas a “livre iniciativa” do art. 170, *caput* e parágrafo único, atribuindo-lhe de imediato alguma prioridade deontológica sobre os “valores sociais da livre iniciativa”, ou sobre os “ditames de justiça social”. Cabe inquirir se a “livre iniciativa” está sendo exercida sem quebrar a “livre concorrência”, sem lesar os consumidores, sem aumentar as desigualdades sociais, aliás visando reduzi-las, atendendo à “função social da propriedade”, etc.

Ademais, observando a relação entre princípios constitucionais e infraconstitucionais, se pode visualizar, entre outras situações, uma coerência entre o princípio geral da ordem econômica que ordena a “livre iniciativa” observar a “função social da propriedade” (art. 170, III, da CF) e o princípio geral do Direito dos Contratos que determina a “liberdade de contratar” atender a “função social do contrato” (art. 421, do Código Civil) [cf. 4.3.3]. Se realmente existe alguma ligação neste sentido, então significa que a própria Lei 10.406/2002 também visou assegurar que a livre iniciativa se desenvolva em vista de “valores sociais”, possibilitando implementar os princípios dos incisos do art. 170 da Constituição.

Como bem demonstra Junqueira de Azevedo, a descendência constitucional da idéia da função social do contrato encontra uma de suas raízes em um dos fundamentos da República: nos *valores sociais da livre iniciativa* (art. 1º, inc. IV). Segundo o autor, “essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o

¹⁰⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 – DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.93, In: *Revista Trimestral de Jurisprudência* (“RTJ”), n. 149, p. 666-692, set. 1994,

contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”, ou seja, “qualquer contrato, tem importância para a sociedade”¹⁰⁵⁷.

Anote-se, por fim, que a interpretação majoritária corrente na doutrina, de maneira diferente, compreende que o inciso IV, do art. 1º, da Constituição, refere dois valores sociais: o valor “trabalho” e o valor “livre iniciativa”. Assim, a própria “livre iniciativa” aparece como um valor social elevado à categoria de fundamento da República¹⁰⁵⁸. Segundo o entendimento incipiente modernamente, há equívoco doutrinário ao entender que o fundamento da República é apenas a “livre iniciativa”, esquecendo-se de que, na verdade, o *status* de princípio fundante do Estado Brasileiro é dado aos “valores sociais da livre iniciativa”¹⁰⁵⁹. Estes sim adquiriram a natureza de valor supremo e constituem a base de toda a vida nacional.

Desse modo o constituinte destronou as concepções clássica e neoclássica no próprio texto constitucional. Ao assegurar como fundamento do Estado brasileiro “os valores sociais da livre iniciativa”, e encaminhar a compreensão sobre quais seriam estes valores na ordem econômica, através da fixação de princípios gerais nos incisos do art. 170, a Lei maior supera o mito do fim exclusivamente individual da autonomia privada e da liberdade contratual, não concebendo um interesse superior àquele do pleno desenvolvimento do homem e dos interesses da sociedade como um todo.

b) O princípio da livre iniciativa e outros princípios constitucionais

Além das considerações feitas acima, observando-se a matéria com o olhar da nova metodologia do Direito, nunca se poderia dizer que o princípio da “livre iniciativa” não tem limites constitucionais, pois ele conhece seus limites nas interações com os demais princípios integrantes do sistema, aplicáveis à ordem econômica. Nessa linha de idéias, cabe fazer, nos casos concretos, uma conformação otimizador dos princípios deontológicos.

Afirma-se, por exemplo, que a relação entre a liberdade individual e a solidariedade social, na ordem econômica, não se resolve em nível constitucional, mas, sim, se encontra expressa nesse âmbito,

p. 174.

¹⁰⁵⁷ Cf. AZEVEDO, 1998, p. 116.

¹⁰⁵⁸ Cf. NORONHA, 2002, p. 12 e 175; DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor, aspectos práticos — perguntas e respostas*. São Paulo: RT, 1995, p. 105; POPP, 2001, p. 61.

¹⁰⁵⁹ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 280, ver nota 460; cf. também LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, n. 16, jun./jul. 2000.

revelando-se na tensão entre a livre iniciativa e a justiça social¹⁰⁶⁰. Uma colisão que terá de ser avaliada nas relações concretas. Entretanto, a própria doutrina do constitucionalismo brasileiro oferece algumas pistas sobre quais as hipóteses em que cabe resolver essa tensão, atribuindo prioridade para a justiça social.

Nesse sentido, José Afonso da Silva verifica que a *livre iniciativa* envolve a liberdade de indústria e comércio, a liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Conferindo o disposto no art. 170, parágrafo único, o autor observa que o texto, “sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo”. Desse modo, adverte:

a *liberdade de iniciativa* privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar de facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. Será legítima, quando exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário¹⁰⁶¹.

Como ressalta Paulo Luiz Neto Lôbo, a Constituição do Estado social incorpora a função “reguladora da ordem econômica e social”, com repercussões diretas no âmbito contratual privado, através da delimitação do contrato pela função social. “O art. 170 da Constituição brasileira adota como princípio estruturante da atividade econômica justamente a justiça social, que por sua vez matriza os princípios específicos decorrentes”¹⁰⁶². Esse dispositivo da Constituição brasileira “estabelece que toda atividade econômica — e o contrato é o instrumento dela — está submetida à primazia da justiça social”. Isso significa que não basta a justiça comutativa, que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. A ordem econômica e social do Estado Social exige função social do contrato¹⁰⁶³.

Registre-se ainda que embora o artigo 170 tenha, primeiramente, mencionado que a ordem econômica está fundada na *livre iniciativa*, só depois se referindo à conformidade com os ditames da *justiça social*, não privilegiou a primeira - a livre iniciativa. Pelo contrário, a conclusão deverá ser outra, já que os princípios arrolados nos incisos do art. 170 privilegiam a justiça social. Ou seja, o dispositivo *obriga, impõe, exige* que a ordem econômica e financeira se estruture e se realize de maneira a atender os objetivos assinalados, que são caminhos obrigatórios erigidos ao nível de princípios nos incisos I a IX¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ Cf. NEGREIROS, 2002, p. 278 et seq.

¹⁰⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 770.

¹⁰⁶² LÔBO, 1995, p. 42.

¹⁰⁶³ Cf. LÔBO, 2002, p. 191.

¹⁰⁶⁴ Sobre esse assunto vale observar a análise de Celso Antônio referente à Constituição anterior. Cf. BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 246.

Em suma, os “valores sociais da livre iniciativa” (art. 1º, IV, da CF) e os “ditames de justiça social” (art. 170, *caput*, da CF) tenham a estrutura tipológica que tiverem, todavia não são inúteis. O seu preenchimento, baseado nos objetivos da República e princípios gerais da ordem econômica, aduz limites para todas as pessoas que exercem a liberdade de iniciativa privada; surte, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada por esses preceitos. Daí que a configuração das relações contratuais interprivadas deve respeito a esses valores supremos, que contêm normatividade suficiente para sustentar a nulidade de atos que conflitem com eles. Cabe aos sujeitos de direito invocar uma interpretação das relações contratuais no sentido e direção neles preconizados.

c) O princípio da livre iniciativa em sentido objetivo

Sob outro ângulo, o princípio da livre iniciativa pode ser visto como um mandamento não propriamente em concorrência com outros princípios. Uma leitura da *livre iniciativa* como limite, em sentido objetivo, permite esclarecer outra forma de dar operatividade ao princípio constitucional, numa interpretação construtiva para o controle das cláusulas contratuais.

Nesse aspecto, a análise da liberdade contratual precisa ter em conta que, assim como todos as outras esferas da liberdade, ela também foi afetada ao desfazer-se “a singularidade da face subjetiva dos direitos fundamentais, hoje direitos de dupla dimensão ou dupla face: a subjetiva e a objetiva, sendo esta, a certos aspectos, a que mais renovou os fundamentos do direito constitucional contemporâneo”, como ensina com propriedade Paulo Bonavides¹⁰⁶⁵.

Segundo Bonavides, não exatamente institucionalizada, mas muito mais que isso, a liberdade foi, sobretudo, em dimensão teórica, “‘constitucionalizada’ em sua inteira amplitude material, isto é, em toda a sua linha de concretude, por obra da nova dimensão objetiva dos direitos fundamentais. E o foi, portanto, num sentido de generalidade, apta a dar positividade, ou seja, aplicações efetivas”¹⁰⁶⁶.

Daí haver mencionado, com igual sabedoria que, na *dimensão subjetiva*, buscava-se compatibilizar a liberdade do indivíduo com a liberdade do Estado. Já ao assumir uma *dimensão objetiva*, os direitos estendem-se a todos os membros da sociedade, em todo o seu raio de abrangência, compreendendo a pluralidade dos laços e das relações sociais. O novo direito “se irradia por igual, materialmente, a todas as camadas sociais”,

¹⁰⁶⁵ BONAVIDES, 2001, p. 585.

perspectiva que abrange também a livre iniciativa, sem a qual não se chega à democracia enquanto direito da quarta geração (art. 1º da Constituição Federal)¹⁰⁶⁷.

A questão mais complexa é: como estender ao grau máximo a realização do princípio da livre iniciativa, sem atingir outros princípios? Uma parte da teoria da metodologia compreende que os princípios são concorrentes e, por isso, designa que é necessário fazer a *ponderação* do princípio da livre iniciativa com outros princípios. De maneira diferente, uma outra concepção encara o problema sob o ponto de vista de que os princípios não são concorrentes, no sentido de que mandamentos deontológicos não são bens ponderáveis e precisam manter sua integridade.

Contudo, neste último sentido, também seria possível refletir se nas relações contratuais privadas a própria integridade do princípio da autonomia privada (“livre iniciativa”) para ambas as partes, não revelaria a possibilidade de limites ao poder dos mais fortes. Será que na ausência de restrições não pode existir a colisão entre a autonomia privada de uma parte forte e a autonomia privada de uma parte fraca na relação contratual entre desiguais?

Diante desta observação, suspeita-se que também neste sentido objetivo a autonomia privada contratual encontra limites desde o nível hierárquico constitucional. Impõe-se aos órgãos públicos encarregados de efetivar a ordem econômica constitucional o controle das cláusulas contratuais que eventualmente prejudiquem, direta ou indiretamente, a realização da generalização do direito à igual livre iniciativa e autonomia privada.

Destarte, cabe verificar que também será possível implementar as disposições constitucionais neste sentido positivo, de busca da universalização do igual conteúdo do direito à liberdade contratual. É o caso, por exemplo, em que Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, comentando sobre a prática de serviços sem orçamento e sem autorização, verifica que a *liberdade de contrato*, no sentido de *liberdade de escolha* (art. 6º, II do CDC), está assegurada no *caput* do art. 170 da Constituição¹⁰⁶⁸, de certo modo apontando que há possibilidade de utilização deste dispositivo constitucional para coibir as práticas e cláusulas abusivas com a própria idéia da “livre escolha”.

Uma noção semelhante está subjacente quando Alcides Tomasetti Júnior verifica que, na solução dos conflitos de relações negociais fora das relações de consumo, o intérprete do Direito não poderá fixar-se no princípio da *livre iniciativa* para assegurar, simplesmente, em nome da liberdade contratual e do “*pacta sunt*

¹⁰⁶⁶ BONAVIDES, 2001, p. 586.

¹⁰⁶⁷ Cf. BONAVIDES, 2001, p. 586.

¹⁰⁶⁸ SILVA, José, 2003, p. 149.

servanda”, que a anuência às predisposições contratuais sejam cumpridas. Quando o intérprete assim se utilizar deste princípio, poder-se-á fazer menção ao abuso do poder econômico¹⁰⁶⁹.

O autor observa também que existem “relações de complementariedade que entrelaçam o princípio do devido processo legal ao fundamento constitucional da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência enquanto linhas normativas de conformação da ordem econômica planeada pela CF/88 (art. 1º, IV; 5º, LIV, e 170, *caput* e n. IV)”¹⁰⁷⁰. A livre iniciativa não alcança seus resultados, ou os alcança apenas em pouca medida, se os recursos econômicos de um agente produtivo privado (art. 170, *caput* e inc. II, da CF) forem perdidos em benefício de outro mais forte no mercado, sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LVI, da CF)¹⁰⁷¹, o que significa que as pessoas que se sentirem lesadas por cláusulas contratuais abusivas, no âmbito civil e empresarial, têm garantido seu direito de acesso ao Judiciário para revisão ou nulificação contratual.

Nesse passo, um dos maiores problemas que se coloca é como encontrar os limites da atuação legítima do Estado através do Judiciário. Entretanto, é possível identificar que o próprio princípio da livre iniciativa também delimita o campo de intervenção do Estado na esfera econômica. Nessa linha, calha o ensinamento de Luís Roberto Barroso, esclarecendo as razões que justificam a intervenção do Estado na ordem econômica:

À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima¹⁰⁷².

Seguramente a regra básica é que o juiz não pode intervir na atuação espontânea do mercado. Contudo, como indica a lição acima, quando houver perturbação da livre iniciativa dos mais fracos, o que é bem visível na incidência de cláusulas contratuais abusivas, o juiz está autorizado a intervir para garantir a “livre

¹⁰⁶⁹ Alcides Tomasetti Jr., em parecer analisando um contrato de fornecimento de etileno, avaliou que “aumentos repetidos e injustificados no preço do etileno”, bem assim “a cobrança de encargos financeiros superiores à média percentual extraída do mercado”, significa incorrer em atos ilícitos contratuais, que violam a liberdade de iniciativa que é ao mesmo tempo fundamento do Estado de Direito e princípio conformador da ordem econômica. Essa infração às citadas ordenações constitucionais implica ilicitude invalidante caracterizada pela nulidade parcial e legitima o ofendido a acionar uma pretensão à pronúncia jurisdicional de rejeição das cláusulas (cf. TOMASETTI JÚNIOR, 1995, p. 94-95).

¹⁰⁷⁰ TOMASETTI JÚNIOR, 1995, p. 94.

¹⁰⁷¹ Nesse sentido, afirma Alcides Tomasetti: “Averiguados os nexos econômico-teleológicos aos quais as duas sociedades empresárias reciprocamente funcionalizaram as suas atividades, quaisquer alterações na relação jurídica contratual correspondente, quando não resultarem de modificações bilaterais ajustadas — e. g., distrato, aditamentos contratuais, reajuste de preços negociado, ou arbitrado por terceiro legitimado pelas contratantes — somente poderão ser obtidas mediante prévia interferência e controle jurisdicionais, segundo o *due process of law* (CR, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), em sentido material e processual” (TOMASETTI JÚNIOR, 1995, p. 94).

¹⁰⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72.

iniciativa” destas pessoas que não podem se defender sozinhas. Assim, o Judiciário estará contribuindo para o aprimoramento da própria livre iniciativa, que é sua função.

Como se tem insistido, a fixação de cláusulas abusivas ofende diretamente uma das facetas da livre iniciativa, na medida em que não permite a realização coerente do princípio da autonomia privada contratual, no sentido da universalidade do igual direito à liberdade contratual. As estipulações que favorecem uma das partes no contrato, sem que haja igual compensação de benefícios à outra, reduzem drasticamente a “livre iniciativa” desta. Nesse sentido, acarretam a deformação da livre iniciativa dos contratantes mais fracos, através do desequilíbrio contratual, o que legitima a atuação interventora do Estado.

Logo, deflui das considerações feitas acima que o agente estatal encarregado da manutenção da integridade dos princípios constitucionais, o Judiciário, está autorizado a invalidar as estipulações contratuais que se demonstrem gravosas a uma das partes e atentatórias à livre iniciativa.

5.4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana e as cláusulas contratuais

O artigo 1º, inciso III, da Constituição pode ser descrito como uma norma que contém o caráter de princípio: o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa é tão vago quanto o conceito de dignidade da pessoa. O conceito de dignidade da pessoa tem sido explicado pelo conjunto de condições concretas que devem ser dadas à pessoa quando se tem em vista as garantias da sua dignidade. Afirma-se, com base em fórmulas gerais, que uma pessoa não pode ser transformada em mero objeto e precisa de um certo nível de condições e bens materiais, sob pena de ser lesionada a sua dignidade. Sem dignidade não terá condições de desenvolver-se a si mesma em liberdade, e a liberdade não se compreende isoladamente, mas vinculada com a comunidade¹⁰⁷³. Daí a conexão entre dignidade da pessoa e liberdade.

Segundo Alexy, a primeira condição fundamental para a garantia da dignidade da pessoa é oferecida formalmente pelo conteúdo do *princípio da liberdade negativa*, o qual “não outorga uma permissão definitiva de fazer ou omitir o que se queira, senão que tão somente diz que cada qual pode fazer ou omitir o que queira na medida em que razões suficientes (direitos de terceiros e interesses coletivos) não justifiquem uma

¹⁰⁷³ Cf. ALEXY, 1993, p. 344.

restrição”¹⁰⁷⁴. Ressalte-se, por conseguinte, que “o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade constituem uma das principais (se não a principal) exigência do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁰⁷⁵.

Como ensina Carlyle Popp, “o direito fundamental à liberdade sofre indissociável apego à dignidade, pois a liberdade humana freqüentemente se debilita quanto o homem cai em extrema necessidade. Assim, quanto maior for a proteção à dignidade, maior será a liberdade real”¹⁰⁷⁶.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa também está vinculado a princípios materiais referentes às condições concretas das quais depende o cumprimento da garantia da dignidade, tais como aqueles que outorgam a um indivíduo o direito de assistência alimentar dos seus congêneres, entre outros¹⁰⁷⁷.

Segundo Goulart Ferreira, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado com o princípio da igualdade substancial, pois se o Estado pretende atingir o bem supremo da dignidade humana, é obrigado a afastar a desigualdade social ou econômica entre as pessoas¹⁰⁷⁸. Não está tão claro até que ponto a dignidade da pessoa humana exige uma contenção das desigualdades, contudo, “igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa”, nas palavras de José Afonso da Silva¹⁰⁷⁹.

Dessas considerações deflui que não se pode esquecer “que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando — como já visto — o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoas e da isonomia”¹⁰⁸⁰. Desse modo, “onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrios e injustiças”¹⁰⁸¹. Daí que a limitação do poder econômico dos mais fortes seja uma exigência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa tônica, o certo é que o princípio (fundamental) da dignidade humana serve de limite à livre iniciativa. Há a liberdade de explorar o mercado, dele tirar lucros, mas nesse processo o empresário não está só.

¹⁰⁷⁴ Cf. ALEXY, 1993, p. 347.

¹⁰⁷⁵ SARLET, 2003, p. 110.

¹⁰⁷⁶ POPP, 2001, p. 66-67.

¹⁰⁷⁷ Segundo Alexy, essa é uma “concepção formal-material” do direito de liberdade. É formal, uma vez que trata da liberdade negativa como *um valor em si*, merecedor de proteção. É material porque, no caso de colisões, o princípio da liberdade negativa tem um peso relativo, no caso concreto, frente a outros princípios (cf. ALEXY, 1993, p. 348-349).

¹⁰⁷⁸ Cf. FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 109.

¹⁰⁷⁹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998a, p. 93.

¹⁰⁸⁰ SARLET, 2003, p. 118.

Todos os que se lançarem em uma atividade econômica deverão ter noção de que esta atividade não deve atender só a eles, pois a livre iniciativa, no estado democrático brasileiro, tem por fim assegurar a existência digna de todos (art. 170, *caput*, da CF), não apenas a do empreendedor¹⁰⁸².

Carlyle Popp lembra que a liberdade contratual deve ceder a outras liberdades mais importantes como a liberdade de exprimir o pensamento, de trabalhar, de se alimentar, de se instruir e de morar. Esses outros direitos e liberdades asseguram a dignidade da pessoa humana. Com esse propósito, não importa que seja sacrificada uma parte da liberdade contratual. “Limita-se a liberdade para aumentar a igualdade. Diminuída a desigualdade, aumenta-se a liberdade real”¹⁰⁸³.

Assim, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental e inalienável. A dignidade não pode ser restringida por contrato. Disso decorre que o sistema jurídico, de modo algum, aceita como válido e faz cumprir um contrato que implique ofensa direta ou indireta à dignidade da pessoa. Os homens não podem dispor da sua vida, da sua pessoa, da sua liberdade individual, etc.; estes são valores juridicamente fora do comércio. O contrato não pode implicar escravidão, a renúncia às práticas de culto, a determinação de adotar certa profissão. Todas essas estipulações teriam razões tão sérias para serem coibidas, que seriam mais que abusivas, seriam cláusulas ilícitas.

Nesse sentido, calha o ensinamento de Pietro Perlingieri: “Na valoração das cláusulas, negociais ou não, com o objetivo de controlar se são, ou não, dignas de proteção (*meritevolezza*) por parte do ordenamento, os valores constitucionais — e entre eles, primeiramente, o respeito da dignidade — têm um papel decisivo”¹⁰⁸⁴. Mesmo sendo discutível a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações privadas, está sendo cada vez mais consensual na doutrina a vinculação direta (imediate) da proteção à dignidade da pessoa humana¹⁰⁸⁵.

5.4.4 Princípio da redução das desigualdades sociais e conteúdo contratual

¹⁰⁸¹ SARLET, 2003, p. 114.

¹⁰⁸² Cf. CASADO, 2000, p. 25. Aliás, é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que mais privilegia a possibilidade de se estabelecer diferenciações em benefício das pessoas físicas, em prol dos cidadãos, não existindo, para proteção das pessoas jurídicas vulneráveis, algo semelhante.

¹⁰⁸³ POPP, 2001, p. 68.

¹⁰⁸⁴ PERLINGIERI, 1999, p. 49.

¹⁰⁸⁵ Cf. SARLET, 2003, p. 350-361. O ilustre constitucionalista Ingo Sarlet examina a discussão sobre a aplicabilidade direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e defende a incidência

A Constituição expressa no art. 3º, inciso III, o objetivo fundamental da República Federativa de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. E no art. 170, inciso VII, alçou como princípio da ordem econômica, a “redução das desigualdades regionais e sociais”. Cabe indagar sobre quais as repercussões destes dispositivos na esfera da contratação.

Na doutrina muitos autores já se manifestaram sobre a incidência do art. 3º, III, e do art. 170, VII, no Direito Privado. Entre outros, Paulo Nalin considera como o “grande cânone de solidariedade” aquele “instituído pelo art. 3º, inciso III, da CR”, do qual “a boa-fé, instituidor da equidade e da confiança, são, todos eles, corolários”¹⁰⁸⁶. Carlos Alberto Goulart Ferreira concebe esse dispositivo como instituidor do “Estado Social de Direito”, e em sua obediência, no processo de contratação, “procura-se resguardar a igualdade das partes, de modo a lhes assegurar um tratamento digno”¹⁰⁸⁷.

Nossa preocupação volta-se para um dos pólos do conteúdo preceituado no art. 3º, III, e art. 170, VII, da CF, para dar ênfase a uma questão: um contrato que acabou por nascer ou revelar-se muito oneroso a uma das partes, pela desproporcionalidade entre direitos e obrigações, conduz à “redução das desigualdades sociais”? O juiz, agente do Estado, ao analisar a petição inicial que requer modificação ou declaração de nulidade de uma cláusula contratual abusiva, se quiser levar a sério o que diz o princípio constitucional da ordem econômica, em primeiro lugar terá que dar uma resposta a essa questão, para depois traduzir a incidência das normas positivadas no sistema pátrio.

É imperdoável que ilustres juízes e juristas às vezes não verifiquem que, no art. 170, VII, da Constituição, está incluído o princípio da “redução das desigualdades regionais e sociais”. Nestas palavras, a ordem econômica não está orientada apenas pelo princípio da redução das desigualdades regionais. No dispositivo há um complemento: “e sociais”. Portanto, se a Constituição designa como princípio da ordem econômica *reduzir as desigualdades sociais*, não é apenas para figurar no texto, como “intenção” que nem merece consideração¹⁰⁸⁸. A inobservância de preceito de tão alto teor normativo é inaceitável, tanto na doutrina como na jurisprudência.

direta da norma protetiva da “dignidade da pessoa humana” em todas as relações entre particulares (SARLET, 2003, p. 359).

¹⁰⁸⁶ NALIN, 2001, p. 225-226.

¹⁰⁸⁷ FERREIRA in: LOTUFO, 1999, p. 116.

¹⁰⁸⁸ O eminente jurista Raul Machado Horta, em comentário ao art. 170 da Constituição, acaba deixando fora de consideração que o inc. VII deste dispositivo se refere também ao princípio da *redução das desigualdades sociais*. Assinala o autor: “No enunciado constitucional, há princípios – valores: Soberania nacional, Propriedade privada, Livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: Redução das desigualdades regionais; Busca do pleno emprego; Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; Função social da propriedade. Há princípios de ação política; Defesa do consumidor. Defesa do meio ambiente” (HORTA, 1995, p. 296).

O inciso VII, *in fine*, do art. 170, da Constituição é, para os que quiserem, uma “norma programática”, que prevê um fim a ser alcançado: *reduzir as desigualdades sociais*. Desse modo, o seu descumprimento não investe o jurisdicionado no poder de exigir prestações positivas do Estado, porque deixa aos órgãos estatais o juízo sobre a conveniência, oportunidade e até certo ponto sobre o conteúdo das condutas a seguir. Contudo, trata-se de um comando vinculante, que implica poderes e funções aos órgãos públicos (do Legislativo, Executivo e Judiciário) encarregados de velar pela ordem constitucional e efetivação de uma ordem econômica obediente ao conjunto do art. 170.

Ademais, ao juiz caberá inquirir e precisar o alcance ou intensidade da vinculação direta dos particulares a esta norma/objetivo. Uma vez que, como se expôs mais acima, tanto as entidades públicas como os particulares devem abster-se de atos contrários aos comandos programáticos; o que, nesse caso, configura-se como o dever de abstenção dos atos que apontem direção contrária à redução da desigualdade social.

É claro que, pelo disposto no art. 3º, III e 170, VII, da Constituição, o juiz não ganha um poder exacerbado e sem limites. As atividades dos poderes públicos tendentes à condução da ordem econômica em direção à redução das desigualdades sociais têm seus limites implícitos na resultante do composto harmônico de todos os princípios. Enfatize-se, contudo, que o grau de espaço à atividade dos poderes públicos, inclusive à dos juízes, contemplado pelo disposto nos preceitos referidos, não é menor do que aquele necessário para manter a conformidade com “os ditames de justiça social” (art. 170, *caput*, CF).

Vale lembrar, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “há violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social — e, portanto, *inconstitucionalidade* — quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo”¹⁰⁸⁹.

Assim, aos juízes compete harmonizar a “livre iniciativa” (art. 170, *caput*, CF) e a “livre concorrência” (art. 170, IV, CF), ponderando se a “liberdade econômica” está contribuindo para a “redução da desigualdade social”, ou verificando quais são as situações que estão proporcionando o aumento desta desigualdade. Ou seja, no âmbito mais restrito das relações contratuais, cabe identificar se o exercício da “liberdade contratual” está reduzindo a desigualdade social, em conformidade com os ditames da justiça social.

Toda vez que uma cláusula contratual cede espaço para uma parcela de exploração, sem retorno para uma das partes, direta ou indiretamente, está conduzindo ao aumento da desigualdade social, e, nesse caso, o juiz está autorizado a colocar tal cláusula dentro do plano estabelecido constitucionalmente. Por outro lado,

¹⁰⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 254-255.

quer isto dizer que, se o Judiciário não age para promover este ideal constitucional, está promovendo, por omissão, a desigualdade social e a inconstitucionalidade. Isso é assim, ainda que essa omissão não seja inconstitucional, no sentido de atribuir aos sujeitos lesados algum direito subjetivo contra os juízes¹⁰⁹⁰.

Observe-se agora outro mandamento constitucional com um conteúdo muito similar ao desse que acabamos de ver: o *princípio da solidariedade social*.

5.4.5 Princípio da solidariedade e proteção contratual

A Constituição designa, em seu art. 3º, inciso I, que é objetivo fundamental da República Federativa “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É este conjunto de princípios constitucionais que expressa “o *pathos* e o *ethos* do estado social”, incorporado no Estado Democrático brasileiro. Trata-se da tendência predominante da sociedade de hoje na legislação e na aplicação do Direito, como sintetiza Wieacker: “é o *pathos* da *solidariedade*: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade”¹⁰⁹¹.

Como efeito desse novo enfoque do Estado Social, assinala Wieacker:

Tornou-se significativo da evolução do Direito Privado o fato de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas relações com os outros particulares¹⁰⁹².

No mesmo sentido, Peter Häberle ressaltou que “o contrato social atualizado impõe ‘trabalho para todos!’”. Pondera igualmente que “a especial mensagem de fraternidade de 1789 deve ser mais escutada e

¹⁰⁹⁰ Aliás, conforme demonstra Alexy, existe um modo de influência chamado “efeito produzido através de direitos [subjetivos públicos] perante o Estado” (ALEXY, 1993, p. 513-524, tradução nossa). Nessa esteira, Cláudia Toledo resalta que “da existência dos princípios objetivos em matéria jusfundamental resulta que, na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, o juiz deve considerar a ordem valorativa fundamental, sob pena de lesionar direitos fundamentais na forma de direitos subjetivos públicos perante a própria administração da Justiça” (TOLEDO in: MERLE; MOREIRA, 2003, p. 235).

¹⁰⁹¹ WIEACKER, 1980, p. 718.

¹⁰⁹² WIEACKER, 1980, p. 719. Além disso, à economia de mercado é atribuída uma “função econômica global”: “coloca-se ao sistema de direito privado a questão de princípio de uma nova justificação das figuras centrais do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade de associação”. O Estado Social contém em si “uma opção prévia no sentido da concepção do direito privado também como sistema de esferas de liberdade e de limitações à liberdade” (*ibidem*).

tomada mais a sério em muitos âmbitos”. Cabe tornar o “princípio da responsabilidade” teoricamente crível e praticamente efetivo. Se até hoje o *princípio de solidariedade* somente tem contribuído para transformar gradual e parcialmente a ordem jurídica, isso, contudo, somente pode resultar num “alento para promover a fraternidade, a solidariedade em novos campos problemáticos”¹⁰⁹³.

O princípio da solidariedade definitivamente não deve ficar restrito ao âmbito do Direito Constitucional¹⁰⁹⁴. Nesse sentido, já no tempo do velho Código Civil Alcides Tomasetti Jr. ressaltava que:

A solidariedade social é um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*, e art. 3º, n. I) e este desiderato não é compatível com o princípio da autonomia privada (CC, art. 81) sempre que esta propicie o ‘arbitrio’ (CC, art. 115, 2ª parte) de um dos contratantes em conseqüente onerosidade abusiva para a contraparte¹⁰⁹⁵.

Segundo o autor, é de especial importância, em matéria contratual, o objetivo de solidariedade entre agentes econômicos. Uma vez que, reconhecido um direito subjetivo em norma infraconstitucional, como o direito subjetivo dos particulares de realizar atos jurídicos, “o exercício desse direito tem de ser desempenhado não só livre mas também solidariamente (CF, art. 3º, I, última parte), sob pena de irregularidade (ou abusividade)”. Um exemplo disso é o que ocorre nos aumentos arbitrários de lucro através da variação do preço, em prestação continuada¹⁰⁹⁶.

Os deveres decorrentes do princípio de solidariedade já são, em boa parte, informados na esfera privada pelos deveres secundários, acessórios ou laterais, decorrentes do princípio da boa-fé, como os de cooperação e lealdade. Em um sentido amplo, explica Ronaldo Porto Macedo Júnior, “cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua dos ônus”¹⁰⁹⁷. É dentro da comunidade que se define o dever de responsabilidade ou de ajudar, “ser solidário”¹⁰⁹⁸. Em nossa sociedade, não é propriamente o dever de ser altruísta, mas “o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com

¹⁰⁹³ Cf. HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998, p. 89-91. Em relação ao artigo da Declaração de 1789 sobre a liberdade, Häberle assinala, “*habría que preguntar por los artículos que ya prima facie fueron corregidos y debieron ser corregidos en el desarrollo posterior (nuevos niveles textuales) del Estado constitucional. Pienso en el concepto de libertad unilateralmente individualista del artículo 4: ‘La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro’.* Aquí se olvida tanto la referencia de la libertad a lo social, al otro, como su aspecto corporativo; en definitiva, la idea comunitaria. La crítica se encuentra ya en Marx, después en H. Heller, también en la misma Francia (por ejemplo en M. Hauriou)” (ibid., p. 51). Em nota ressaltou a crítica de Karl Marx: “*Los llamados derechos humanos non son sino los derechos [...] del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad*” (idem p. 61, nota 13).

¹⁰⁹⁴ Como lembra Robert Alexy, Marx, comentando sobre a Constituição da República Francesa, “*considera que es un ‘ardid el prometer la libertad plena, establecer los más bellos principios y dejar sua aplicación, los Details, librada a la decisión de ‘leyes posteriores’*” (ALEXY, 1993, p.314).

¹⁰⁹⁵ TOMASETTI JÚNIOR, 1992, p. 64.

¹⁰⁹⁶ Cf. TOMASETTI JÚNIOR, 1995, p. 101.

¹⁰⁹⁷ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 172.

¹⁰⁹⁸ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 175.

determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico”¹⁰⁹⁹.

Como anota Carlyle Popp, a solidariedade constitucional pode ser vista como “conteúdo do princípio da boa-fé e externalização da idéia de dignidade da pessoa humana”. Essa determinação constitucional impõe o abandono da concepção individualista e egoísta do contrato. Compreende-se que desde a pré-contratação à pós-execução, a relação negocial deve desenvolver-se com cooperação e lealdade entre as partes. Assim, “um exemplo em que pode haver clara violação da solidariedade no âmbito das relações pré-negociais situa-se quando uma das partes toma uma medida egoísta, buscando tirar o máximo de vantagens para si, não se preocupando com o equilíbrio da relação, nem tampouco com a parte contrária”¹¹⁰⁰.

Daí se pode concluir que o princípio da solidariedade do art. 3º, I, da Constituição, consubstancia um substrato valorativo tendente a possibilitar o controle de todas as cláusulas contratuais que demonstrarem alto grau de privatismo e expuserem situações de desequilíbrio, nos contratos civis e empresariais. É plenamente cabível uma invocação, por indivíduos e pessoas jurídicas — partes vulneráveis na contratação civil e empresarial — a fim de aplicação desse preceito para promover a ampla revisão contratual, independentemente de circunstância superveniente imprevisível, redução de cláusulas contratuais desproporcionais e declaração judicial de nulidade de cláusulas abusivas.

5.4.6 Princípio da igualdade perante a lei *versus* a garantia do direito à igualdade material

A Constituição de 1988, no art. 5º, *caput*, abrindo o enunciado dos direitos fundamentais, preceitua que “todos são iguais perante a lei”, nestes termos designando a igualdade formal. Isso significa que a lei deve tratar todos igualmente, mesmo quando as pessoas, na sociedade, sejam desiguais. Vale dizer, a igualdade perante a lei é formal, não real.

Contudo, ali, no mesmo dispositivo, mais adiante, insere-se a confirmação da igualdade substancial: garantindo-se a “*inviolabilidade do direito à igualdade*”. Este conteúdo substancial significa que a justiça material adentra na própria elaboração legislativa, ou seja, além da igualdade perante a lei, agrega-se no

¹⁰⁹⁹ Cf. MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 189.

¹¹⁰⁰ POPP, 2001, p. 217-218.

dispositivo constitucional a própria *igualdade*, como um dos *direitos fundamentais* que a lei deve garantir¹¹⁰¹. E, como a lei atua no campo das desigualdades, para selecionar quais se podem tolerar ou não, logo abaixo, no mesmo art. 5º, II, a Constituição institui o princípio da legalidade, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, não poderá haver distinção de origem, raça, sexo, cor, religião, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Contudo, o princípio da isonomia coloca um problema fundamental: o que fazer com aquelas diferenças produzidas na sociedade? Como o Estado deve atuar diante das desigualdades socioeconômicas que vão se alastrando para todos os cantos do país? O que requer o princípio da isonomia, nessas condições? Seria muito conveniente dizer que isso não é um problema do Direito; porém, como já ficou visto, os propósitos constitucionais indicam que o Estado deve erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades.

Tendo em vista os princípios expostos, a garantia do direito substancial à igualdade constitucionalmente assegurada e as desigualdades econômicas existentes, a questão que se coloca neste estudo é a seguinte: há alguma ofensa ao princípio da isonomia quando as pessoas são tratadas de modo desigual pela legislação contratual, ou o legislador deve estabelecer diferenciações de situações jurídicas o suficiente para resguardar a igualdade substancial na contratação?

a) Breve análise histórica das concepções de igualdade

Luis Renato Ferreira da Silva, sintetizando as concepções de igualdade, assinala que, na concepção aristotélica de igualdade, a desigualdade é substancial e a igualdade é apenas nominal. Tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais significava dar tratamento igual a quem fosse igual e desigual a quem fosse desigual, mas as desigualdades situacionais eram tidas como “naturais” e deveriam ser incorporadas ao

¹¹⁰¹ O disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, reavivou aquilo que fazia a primeira Constituição brasileira, de 1824, no seu art. 179, inc. XII, quando afirmava: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Neste texto, não se trata da igualdade perante a lei, mas sim de que a própria lei, considerando as diferenças situacionais concretas, “recompensará” as pessoas “em proporção dos merecimentos de cada um”. Como disse Luiz Renato Ferreira da Silva: “*O suum cuique tribuere* do antigo jusnaturalismo está presente na definição como que a materializar a noção de igualdade” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 06, p. 146-156, out. dez. 1993, p. 53).

tratamento jurídico das desigualdades, de tal modo que era admissível inclusive a escravidão. Assim, a igualdade não desempenhava funções materiais entre os seres humanos¹¹⁰².

Com o advento do Iluminismo e das revoluções liberais, muda-se o enfoque, abandonam-se os aspectos naturalísticos da desigualdade e, com apelo à razão humana, enfatiza-se que os homens são essencialmente iguais. As desigualdades são atribuídas ao convívio social. Para superá-las, a concepção dominante, a dos liberais, defende que só a lei formada pela vontade geral será capaz de garantir o igual tratamento¹¹⁰³. Nessa linha, o princípio da igualdade será incorporado à lei sob a forma de normas universalistas. A aplicação destas não pode considerar as peculiaridades casuísticas — estas são deformações sociais! — assim estará cumprido o mandado de igualdade na aplicação do Direito. Por outro lado, opera-se a juridicização do princípio da igualdade, com a sua enunciação no direito positivo do Estado liberal, e consolida-se a época da igualdade formal.

Modernamente ainda, numa concepção mais realista, compreende-se o conceito nominal aristotélico de igualdade de modo inverso, com importantes conseqüências para o Direito. Considera-se que os homens são essencialmente iguais e que podem existir certas desigualdades periféricas toleráveis. Num primeiro momento, é a lei que deverá tratar as desigualdades, de modo a conformá-las à igualdade nuclear, reconduzindo as desigualdades ao patamar aceitável, seja diminuindo-as, quando perniciosas às relações humanas, ou relevando-as, quando forem oportunas e úteis para a sociedade¹¹⁰⁴.

Dessa maneira, na concepção dominante atualmente, o legislador poderá levar a cabo certas discriminações sem violar o princípio da igualdade, desde que as apresente justificadamente e sob a forma de normas universalistas. Na medida em que as normas discriminantes sejam aplicadas em todos os casos, cumpre-se o mandato de igualdade na aplicação do Direito¹¹⁰⁵.

No entanto, agora se levanta uma questão ainda bem polêmica: é possível um controle racional da lei pelo Judiciário, sobre a base do princípio da igualdade? Para responder esta questão, primeiramente cabe examinar qual a tarefa do legislador, na feitura da lei, em relação às desigualdades socioeconômicas existentes.

¹¹⁰² Cf. SILVA, L., 1993, p. 148.

¹¹⁰³ Cf. SILVA, L., 1993, p. 149.

¹¹⁰⁴ Cf. SILVA, L., 1993, p. 150-152.

¹¹⁰⁵ Como ensina José Souto Maior Borges, “a igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade, em todas as situações que lhe forem submetidas, da conduta humana à normas de conduta”. A igualdade diante da lei somente postula que a aplicação da lei corresponda sempre à sua incidência. “Daí o seu caráter formal: nada prescreve sobre a igualdade como o conteúdo da própria lei aplicada” (BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e a sua significação na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, n. 93, p. 34-46, jan./mar., 1990, p. 36).

b) A igualdade na lei e a exigência de consideração das desigualdades pelo legislador

Quando a Constituição proclama que “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*, da CF), está proibindo a interpretação das normas legais não equitativa para todos, no momento de sua aplicação. Quando, no mesmo dispositivo, adiante, o constituinte determinou a garantia da “inviolabilidade do direito à igualdade”, impõe também a *igualdade no conteúdo da lei*, proibindo a edição de leis que consagrem, de alguma maneira, a desigualdade vedada ou a equiparação de situações desiguais. Pelo reconhecimento da “inviolabilidade do direito à igualdade”, no art. 5º, *caput*, da Constituição, impõe-se fortemente a noção de igualdade, não para aplicação das regras postas pela lei — a igualdade de todos perante a lei referida na primeira parte desse dispositivo — mas para a construção das regras do Direito pelo legislador. Em outros termos, significa que “constitucionalmente a igualdade garante a igualdade”¹¹⁰⁶.

Entre os critérios para assegurar a isonomia constitucional na legislação, afirma-se que é necessário um “*vínculo lógico*”¹¹⁰⁷ entre a discriminação feita e o objetivo a que se destina a lei, tendo em conta a situação fática. Por exemplo: a lei contratual pode considerar um tratamento diferenciado às pessoas em função da desigualdade de poder negocial e da predisposição unilateral de cláusulas. Também deverá ser um “*critério aceito pela constituição*”, tal como, no caso, é a contenção do abuso de poder. E, por fim, deverá “*manter a generalidade e a abstração próprias dos atos legislativos*”, não se endereçando a nenhuma pessoa em particular¹¹⁰⁸.

Seguramente, como demonstra Alexy, isso não significa que o legislador tenha que colocar todas as pessoas nas mesmas posições jurídicas, como também não quer dizer que tenha que procurar que todos apresentem as mesmas propriedades naturais e se encontrem nas mesmas situações fáticas. O princípio da igualdade não exige que as pessoas sejam tratadas exatamente da mesma maneira e tampouco que todas devam

¹¹⁰⁶ BORGES, 1990, p. 38.

¹¹⁰⁷ Cf. SILVA, L., 1993, p. 152-153.

¹¹⁰⁸ Para que a lei vise o bem comum é necessário que ela seja geral em sua formulação e igualitária em seu conteúdo, como esclareceu Rousseau: “Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. Desse modo, a Lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém; a Lei pode estabelecer diversas classes de cidadãos, especificar até as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear este ou aquele para serem admitidos nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei ou nomear uma família real. Em suma, qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 107).

ser iguais em tudo que lhes diga respeito. Por outro lado, se o princípio da igualdade quer ter algum conteúdo, também não pode permitir toda diferenciação e toda distinção; precisa existir um meio termo entre os extremos¹¹⁰⁹.

A saída, segundo Alexy, é compreender que o princípio da igualdade “*prima facie*, exige um tratamento igual e somente permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”¹¹¹⁰. A máxima da igualdade “tem que tratar igual ao igual e desigual ao desigual” não dá resposta à questão sobre qual seja a razão suficiente para a permissão ou a obrigatoriedade de uma diferenciação¹¹¹¹, mas “o legislador, em princípio, não pode conformar-se em aceitar sem mais as diferenças de fato existentes; se são incompatíveis com as exigências de justiça, tem que eliminá-las”¹¹¹². É o que está a indicar a Constituição no *caput* do art. 5º, quando menciona a “inviolabilidade do direito à igualdade”.

c) A igualdade na lei para situações de fato desiguais: qual a atuação do juiz?

O Estado exerce seu poder legitimamente quando não assegura privilégios injustificados e, por isso, trata desigualmente os desiguais. Assim, sempre que há motivos suficientes para que a lei venha desbancar determinados privilégios, evitando a exploração de um grupo, ou coletividade. É desejável que isso ocorra, para que o poder possa ser exercido legitimamente.

Desse ponto de vista, a questão da igualdade na lei é bem problemática, quando existem na sociedade as razões suficientes para o tratamento desigual, mas este não aparece nas regras legais. Como exemplo podemos citar o fato de as regras do Código Civil, no âmbito do Direito dos Contratos, basicamente terem feito uma abstração da realidade, tratando todos os contratantes como se tivessem o mesmo poder negocial, embora houvesse motivos evidentes que indicavam a necessidade de beneficiar os mais fracos. Ou seja, na realidade estavam presentes as justificativas para que o legislador realizasse um tratamento desigual na lei, de tal modo que se esperava a não equiparação legal das situações fáticas essencialmente desiguais. Contudo, estas não foram consideradas pelo legislador.

¹¹⁰⁹ Cf. ALEXY, 1993, p. 384.

¹¹¹⁰ ALEXY, 1993, p. 398 (tradução nossa).

¹¹¹¹ Cf. ALEXY, 1993, p. 399.

¹¹¹² ALEXY, 1993, p. 407 (tradução nossa).

É um problema grave, precisamente porque o legislador não considerou as desigualdades, e o tratamento discriminante favorável aos mais fracos em determinada situação já estava consagrado pela consciência jurídica, porque plenamente aceitável, reivindicado por parte da doutrina e da jurisprudência, e até estava presente na legislação especial e no Direito Comparado. Se a criação de uma diferenciação que sirva para atender à igualdade de fato deve ser ordenada somente se para este mandado podem aduzir razões suficientes, uma vez que elas estejam presentes não faz sentido que o legislador não as tenha em conta.

Esse era o estado das coisas em relação ao tema deste estudo, devido à desigualdade de poder negocial e à necessidade de proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. Era admissível que o legislador designasse um tratamento desigual na lei, para proteger os mais fracos nas situações de desigualdade existentes, mas a legislação veio a lume sem trazer um tratamento próximo do esperado. Então, surge a questão: quando o legislador não faz a consideração necessária das dessemelhanças e o Direito posto não trata a desigualdade existente de maneira que possa atender à igualdade substancial, será que nestes casos o dispositivo da “inviolabilidade do direito à igualdade” (art. 5º, *caput*, da CF) não deverá ser observado pelo juiz?

Ao estabelecer de forma especificada o tratamento desigual e favorável aos mais fracos, vulneráveis, como no caso do Direito do Consumidor, a legislação visou aparar as arestas da desigualdade, em conformidade com o preceito constitucional que assegura o “direito à igualdade”. Por outro lado, nesses casos, para atender ao princípio da “igualdade perante a lei”, basta que o juiz faça a aplicação na conformidade com a lei que respeita a “igualdade substancial”. Neste caso, a lei já faz a concretização necessária do princípio da igualdade, atribuindo tratamento desigual aos desiguais, à procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, o mais fraco, o consumidor¹¹¹³. Enfatize-se que é a própria lei especial e os direitos assegurados que oportunizam as diferenciações em benefício dos fracos, para atingir a igualdade substancial¹¹¹⁴.

Contudo, o juiz pode, com sua extrema acuidade, sentir que determinada lei, como o novo Código Civil, quando observado apenas pelas regras, ainda permite a injustiça e não atende suficientemente à igualdade substancial exigida pela Constituição (art. 5º, *caput*) e pelos próprios princípios da legislação em causa. Não se trata dos casos em que os juízes e tribunais podem negar validade a leis, por razão de sua inconformidade com a Constituição, como nos casos em que a legislação contraria frontalmente o sistema constitucional, nem se trata

¹¹¹³ Sobre o direito geral de igualdade cf. ALEXY, 1993, p. 381 et seq. Sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual aos desiguais, p. 395.

¹¹¹⁴ Cf. ALEXY, 1993, p. 419 et seq. O autor chega a concluir que a máxima geral de igualdade pode fundamentar direitos a prestações e, além disso, pode ser interpretada no sentido de um princípio da igualdade fática, que, em casos especiais, pode fundamentar direitos originários a prestações positivas (*ibidem*, p. 421).

de um caso em que o legislador deixou totalmente de editar leis exigidas pela Constituição. Aqui, a lei estabelecida coloca princípios, mas as regras estão aquém do necessário para a aplicação imperativa da garantia constitucional de igualdade substancial. Trata-se de um juízo de mérito sobre a conformidade com o programa constitucional.

Essa hipótese da desconformidade dos efeitos sociais da norma ordinária com as finalidades do princípio constitucional é bem a florada quando existem legislações diferentes para situações muito semelhantes: uma pode encerrar uma maneira mais clara de efetivar a “inviolabilidade do direito à igualdade” e assim parecer até mais justa que a outra. Essa idéia pode ser ilustrada pela existência de um regime de amparo contra cláusulas abusivas nos contratos de consumo e pela falta de um regime semelhante de proteção no âmbito dos contratos civis e empresariais. Como ficou visto, em muitos casos há similitude de situações que reivindicam igual tratamento entre relações de consumo e relações alheias ao consumo, tornando possível, ou melhor, por coerência lógica, exigindo designar o mesmo benefício aos mais fracos, também fora das relações de consumo¹¹¹⁵.

A idéia do movimento de um pêndulo oferece uma imagem da diferença de sentido em que a legislação do Direito Privado dos contratos está atendendo a garantia constitucional da igualdade substancial (art. 5º, *caput, in fine*, da CF). Na legislação que, conservando os atributos de generalidade e abstração, estabelece diferenciações de situações jurídicas, atribuindo um tratamento favorecido em benefício dos mais fracos, converge o movimento do pêndulo em direção ao maior grau de cumprimento da garantia da igualdade substancial. É a oscilação estimulada pelo tratamento conferido pela lei 8.078/90, que estabelece o Direito do Consumidor. Ao contrário, um menor índice ou a falta de diferenciações para a proteção dos mais fracos, tal como ocorre na lei 10.406/02, na parte relativa ao Direito dos Contratos, está a demonstrar uma lei, geral e abstrata, que, apesar dos seus princípios, confere uma identificação a situações jurídicas, equiparando situações desiguais. Assim, o tratamento igual aos desiguais, numa sociedade extremamente desigual, impulsiona o pêndulo num movimento de afastamento do cumprimento da garantia da “inviolabilidade do direito à igualdade” (art. 5º, *caput, in fine*, da CF). Em outros termos, significa que, sem uma interpretação de princípio, essa lei não

¹¹¹⁵ Como assinala Teresa Negreiros, o assim designado “contrato de adesão” trouxe a revelação da disparidade de poder negocial entre o aderente e o predisponente e sua conseqüência própria, a tendência à prática de abusos. Com isso, tornou-se o motor das transformações da teoria contratual. Representa uma fragmentação do conceito de contrato que, por sua vez, revela uma mudança valorativa, possibilitando a penetração dos princípios constitucionais no seio da teoria dos contratos, como é o caso da igualdade substancial (cf. NEGREIROS, 2002, p. 376). Anelise Becker evidencia que o contrato de adesão a cláusulas contratuais gerais “não deve restar sufocado no interior de uma categoria unitária que funde sua unidade sobre um ‘mínimo’ de consenso”. Querer conservar aquela antiga unidade de tratamento, em nome da reduzida liberdade contratual que existe na

atende ao mandado de igualdade material. Daí resulta um problema: os juízes podem inverter o rumo do pêndulo, por obediência aos princípios e garantias da ordem constitucional, ou estariam então assumindo as competências do legislador?

Como bem demonstrou Fábio Konder Comparato, a lei pode infringir o princípio constitucional da igualdade de *modo absoluto*, quando for editada, explícita ou implicitamente, para regular um caso individual; quando visa a realizar, unicamente, a vantagem particular de alguns, deixando de atender às características de generalidade e abstração, e aos interesses do bem comum. Mas a lei pode também infringir o princípio da igualdade de *modo relativo*, equiparando situações desiguais, ou discriminando arbitrariamente entre situações equivalentes: “a desigualdade será relativa, quando a lei determinar, de modo arbitrário, a diferenciação ou a identificação de situações jurídicas, vale dizer, quando tratar desigualmente os iguais ou igualmente os desiguais”¹¹¹⁶. Daí haver averbado, com igual brilhantismo, sobre a eficácia negativa de um princípio constitucional no controle judicial de constitucionalidade:

As dificuldades desse juízo de constitucionalidade, no caso, residem no fato de que o julgador não se depara, como nas hipóteses clássicas, com simples contrariedades normativas quanto à competência ou a forma dos atos e, sim, com incompatibilidades de mérito entre a norma ordinária e o princípio constitucional. E essa incompatibilidade de mérito é representada pela não conformidade dos efeitos sociais da norma ordinária com as **finalidades** ou o **programa** do princípio constitucional. O julgador é, portanto, obrigado a proceder a uma análise mais substancial, e menos formal, da lei ou ato administrativo cuja constitucionalidade está sendo discutida. (negritos no original)¹¹¹⁷.

Essa “eficácia vertical” das normas constitucionais, à qual se submetem as entidades estatais e à qual compete uma decisão judicial consistente para assegurar a efetividade, não pode afastar, com isso, a “eficácia horizontal”, pela qual se vinculam os particulares e cuja efetividade também está a merecer um juízo sobre a intensidade deste vínculo. Daí que as desigualdades desconsideradas pelo legislador ordinário não tenham o condão de afastar um exame da desigualdade nos casos concretos, mas é bom reprimir que não se trata de um exercício de poder discricionário, porque qualquer interpretação deve estar cerceada pela normatividade dos princípios jurídicos.

contratação não negociada, “significa tratar de modo igual situações absolutamente diferentes, do que deriva inevitável injustiça” (cf. BECKER, 2000, p. 77).

¹¹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Prescrições sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 11-19, abr. 1998, p. 18.

¹¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Eficácia Constitucional: horário de funcionamento de farmácias e drogarias e o princípio constitucional de proteção ao consumidor. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 46-49, abr./jun., 1991, p. 47.

Além disso, apesar de haver vinculação direta de todos os particulares às normas de direitos fundamentais, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social, é diante de relações entre particulares, caracterizadas pela tendencial de desigualdade, que mais se exige essa vinculação¹¹¹⁸.

Seguramente, em nossa sociedade as diferenciações de situações e o favor da lei aos fracos são necessários e exigidos pela Constituição. Isso não representa qualquer atribuição de privilégio ou benefício a algum destinatário ou grupo, trata-se apenas da abolição dos privilégios conquistados pelos mais fortes. Diante da omissão do legislador em adaptar suficientemente o Direito dos Contratos pela Lei 10.406/2002, acolhendo as dessemelhanças para um tratamento desigual, a “inviolabilidade do direito à igualdade” (art. 5º, *caput*, da CF) está a exigir que os juízes façam, nos casos concretos, o tratamento desigual necessário para assegurar a igualdade substancial. O tratamento favorecido aos mais fracos, tendo em conta as circunstâncias do caso, visando uma aplicação coerente dos princípios da Constituição, não significa nenhum juízo de conveniência e oportunidade. Como diria Ronald Dworkin, trata-se de uma decisão política de princípio.

Continuando esta análise, porém, como fica o princípio da legalidade? Essa questão precisa ser tratada agora.

5.4.7 A garantia da igualdade substancial *versus* o princípio da legalidade

A questão que se propõe precisa supor que a Lei 10.406, no âmbito contratual, fez uma abstração da realidade fática das desigualdades de poder negocial e considerou todas as pessoas como iguais nesse sentido, sem atribuir tratamento favorável aos mais fracos. Ou, pelo menos, parte-se do pressuposto de que a lei civil não fez a individuação suficiente das hipóteses em que o contratante vulnerável merece ser tutelado para garantir a igualdade substancial na contratação. De fato, um olhar direcionado à legislação civil e empresarial dos contratos perceberá que, apesar do reconhecimento do aderente como parte mais fraca (arts. 423 e 424 do C.C.), falta a

¹¹¹⁸ Nesse sentido, a oportuna lição de Ingo Sarlet: “No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdade substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual” (SARLET, 2000, p. 153). Em nota, o autor lembra que “mesmo quem admite uma aplicação direta (vinculação) dos direitos fundamentais às relações desiguais entre particular e poder privado, não desconhece a existência de variações no que diz com a

especificação das garantias e das possibilidades de intervenção judicial para proteção dos mais fracos com a abundância de detalhes relativos à igualdade substancial, como fez a legislação consumerista.

Em tal caso, questiona-se: haverá ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF) quando, sem que haja regra infraconstitucional designando tratamento desigual de forma específica, o Estado, por meio da atuação do juiz, opere um tratamento favorecido aos mais fracos, para assegurar a igualdade substancial (art. 5º, *caput*, da CF)? Em outras palavras, no caso em que a legislação acolheu as dessemelhanças, como na concepção nominal aristotélica, sem tentar diminuí-las, ainda pode haver a intervenção judicial para proteção dos vulneráveis, sem ofensa ao princípio da legalidade? Considere-se, então, o caso da proteção contra todas as cláusulas abusivas, em benefício dos mais fracos, na decisão judicial, para restabelecer o equilíbrio contratual nas relações civis e empresariais.

Como bem observa Luis Renato Ferreira da Silva, a primeira via de extensão da principiologia constitucional se dá através de uma legislação infraconstitucional que adentra naquilo que era domínio da autonomia privada, estabelecendo discrimen das diferenciações periféricas e tornando constitucionais regras unilaterais, como a que prevê a revisão judicial do contrato no Direito do Consumidor. Mais além dessa possibilidade, o segundo caminho que permite incidência do princípio da igualdade nas relações de Direito Privado decorre da própria eficácia normativa da Constituição nas relações interprivadas. A sua compreensão como fonte direta de Direito possibilita que os direitos fundamentais (entre eles a igualdade) tornem-se direitos diretamente aplicáveis¹¹¹⁹.

Essa decisão em prol de uma eficácia direta das normas constitucionais (especialmente dos direitos fundamentais) nas relações entre particulares também repercute na decisão sobre a competência de constatar e determinar, no caso concreto, o grau de eficácia. Trata-se, inegavelmente, de um acréscimo notável às funções tradicionais do Judiciário relativamente aos outros Poderes do Estado. Conforme esclarece oportunamente Fábio Konder Comparato:

A era do juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e o Estado. Doravante, incumbe também à Justiça realizar, no seu

intensidade do exercício de poder, sustentando uma necessária diversificação quanto ao grau e medida desta aplicação direta, o que pode apenas ser devidamente aferido à luz do caso concreto” (SARLET, 2000, p. 131).

¹¹¹⁹ Cf. SILVA, L., 1993, p. 155. A esse respeito, explica José Souto Maior Borges: “Ora, a Constituição Federal, no seu art. 5º, § 1, prescreve, como visto, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, a mais fundamental delas — a isonomia — independerá de qualquer integração legislativa. E mais ainda: poderá ser invocado sempre que a lei institua irreversivelmente uma desequiparação constitucionalmente interdita entre iguais situações de fato. A aplicação imediata corresponderá a uma das mais relevantes atribuições do Poder Judiciário” (BORGES, 1990, p. 37). Por outro lado, deve-se acrescentar que, o mesmo é válido quando a lei encerra uma equiparação de desiguais situações de fato.

campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional¹¹²⁰.

Para aqueles que não admitem a aplicabilidade direta do Direito Constitucional, ainda resta uma via indireta. Em primeiro lugar, cabe lembrar a mudança sofrida no conceito de “lei”, que não é mais apenas o conjunto das regras, mas inclui os princípios. Nota-se que a Lei 10.406 designou que, em sua área de abrangência, a liberdade contratual só se justifica nos limites em que atender à *função social do contrato*, à *boa-fé*, à *equivalência contratual*, etc., e todos estes princípios fazem parte da legalidade em sentido amplo, conforme compreendido atualmente. Justamente pelos princípios retores da legislação infraconstitucional abre-se um amplo espaço para a concretização das garantias do direito à igualdade, assegurado constitucionalmente.

Portanto, o direito à igualdade substancial, para obtenção de uma relação contratual justa, é passível de ser resguardado numa decisão judicial, não apenas quando existirem regras claras coibindo as cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais, mas, sobretudo, sempre que se observe que a liberdade contratual não atendeu aos desideratos principiológicos firmados na legislação. A densificação e a concretização dos princípios fundamentais dos contratos possibilitam uma aplicação indireta da Constituição¹¹²¹, para manter a “*inviolabilidade do direito à igualdade*” (art. 5º, *caput*, da CF).

Os princípios infraconstitucionais são canais que permitem manter a coerência com o “princípio da legalidade”, para implementação judicial do direito constitucional à igualdade substancial, que o legislador não conseguiu garantir suficientemente pelas regras expressas. Cumpre ao aplicador do Código Civil concretizar os princípios que permeiam esta legislação, de modo a realizar a ideologia constitucional, marcada sobretudo pelo direito à igualdade substancial. Na concretização dos princípios cabe verificar, no caso concreto, a realidade dos interessados, “aparando-se as arestas de desigualdades, ainda que, à primeira vista, sejam estabelecidas regulamentações que acolham estas dessemelhanças”¹¹²².

Ao princípio da legalidade é atribuído um significado inovador relativamente ao tradicional. Como ensina Pietro Perlingieri, o princípio da legalidade é adjetivado como “social” num Estado que coloca como seu fundamento um compromisso de intervenção, de programação e de controle nos campos econômico e social. “As

¹¹²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 614, p. 14-22, dez. 1986, p. 22.

¹¹²¹ Cf. SARLET, 2003, p. 360.

¹¹²² Cf. SILVA, L., 1993, p. 156. Entre outras noções, no âmbito contratual, Roberto Senise Lisboa ressalta que o princípio da igualdade ou da isonomia entre as partes está a portar a exigência de “equilíbrio ou concessão de idênticas oportunidades aos pactuantes para celebrar o contrato”. A idéia de igualdade absoluta possibilita solucionar as desigualdades patentes, na prática da contratação massificada celebrada entre desiguais (cf. LISBOA, 1997b, p. 33).

situações subjetivas assumem novos conteúdos e o princípio da igualdade perante a lei transforma-se naquele de igualdade substancial”¹¹²³.

Consoante este entendimento, o mesmo autor averbou que, “no Estado social, o princípio da legalidade coincide com a legalidade social: a valoração do fato deve ser enquadrada pelo juiz na perspectiva social do ordenamento”. Assim, cabe realizar a individuação de hipóteses que merecem tratamento diferenciado, porque “a igualdade não se exaure na paridade de tratamento”. A igualdade constitucional “tende a realizar a igual dignidade social, removendo os obstáculos que limitam a liberdade dos cidadãos, de maneira a realizar a justiça social e distributiva”. Por conseguinte, “as disparidades de condições econômicas e sociais podem, ou melhor, devem, ser tratadas de forma diversa, isto é, sem paridade”. Em suma: “quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da paridade de tratamento”¹¹²⁴.

O juiz, a quem afeta a incumbência e o poder de controle do próprio conteúdo do contrato, é quem há de verificar a situação de desequilíbrio a importar na aplicação das regras protetivas. Essa interpretação encontra sustento no princípio da igualdade substancial, que tem seu fundamento na Constituição Federal (art. 5º, *caput*)¹¹²⁵. Desse modo, a interpretação da igualdade substancial “coloca-se na perspectiva de fundação de um direito do contratante frágil”¹¹²⁶.

De outra parte, para tirar qualquer dúvida em relação ao cumprimento do princípio da legalidade, ainda resta o tratamento legal, conforme a análise feita do art. 29 do CDC, que designa a proteção contra cláusulas abusivas para todos os “consumidores-equiparados”, inserindo-se nesta categoria todas as “pessoas expostas”, inclusive empresas, mesmo quando não sejam destinatárias finais dos produtos ou serviços. Desse modo, está plenamente satisfeito o princípio da legalidade, para a implementação judicial do direito constitucional à igualdade substancial.

O contrato padronizado e de adesão trouxe a revelação da disparidade de poder negocial entre o aderente e o predisponente, bem como de sua conseqüência própria, a tendência à prática de abusos. Querer conservar aquele antigo distanciamento do Judiciário no tocante às relações entre particulares, no âmbito do

¹¹²³ PERLINGIERI, 1999, p. 43.

¹¹²⁴ PERLINGIERI, 1999, p. 44-46.

¹¹²⁵ Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, 1998, p. 16-17.

¹¹²⁶ PERLINGIERI, 1999, p. 44. Pietro Perlingieri assinala que “o valor da justiça social, expresso no Texto fundamental, no sentido e nos limites antes traçados, há de incidir no direito civil contribuindo, em sede interpretativa, para individuar o conteúdo específico que, concretamente, devem assumir as cláusulas gerais das quais é cravejada a legislação: da equidade à lealdade (*correttezza*), do estado de necessidade à lesão (*stato di bisogno*) e à causa não imputável, da diligência à boa-fé, etc. O preceito de igualdade poderá incidir sobre a individuação do conteúdo das mesmas cláusulas gerais que contribuem para a definição dos institutos fundamentais do direito civil, como a função social para a propriedade e a utilidade social para a iniciativa

Direito Civil e Empresarial, em nome da reduzida liberdade contratual que existe na contratação padronizada, significa tratar de modo igual situações absolutamente diferentes, do que resulta inevitável injustiça. Uma injustiça totalmente contrária aos princípios constitucionais que demandam a proteção dos contratantes vulneráveis.

CONCLUSÃO

Neste momento, em que é necessário encerrar a discussão em andamento, cabe fazer uma breve retomada da reflexão sobre o objeto deste estudo, fixando os resultados alcançados. Desde logo cumpre dizer que tais resultados são de natureza necessariamente provisória, porque a pesquisa sobre “*a proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais*” está apenas no início. O tratamento da matéria feito até aqui demonstra um pequeno esboço teórico geral e, até certo ponto, abstrato das perspectivas de análise. Porém, ainda que seja uma exposição incipiente, que requer aprofundamento e amadurecimento de idéias, a pesquisa encontrou soluções concretas para o problema que buscava resolver.

No início deste estudo, constatou-se que a concepção clássica do Direito dos Contratos, construída nas mesmas bases do Estado liberal burguês, reinou de forma absoluta desde o século XIX até o final do século XX. Em seus postulados, essa teoria reconhecia como único princípio informador dos contratos o princípio da autonomia privada, com seus corolários: o princípio da intangibilidade do pactuado e o do efeito relativo. A compreensão equivocada da idéia de força obrigatória dos contratos, da superioridade da vontade sobre a lei e da intangibilidade do pacto impossibilitava que o conteúdo do contrato fosse objeto de revisão judicial e que cláusulas abusivas fossem anuladas. Qualquer análise judicial restringia-se a um exame externo, sobre vícios do consentimento, ilicitude do objeto, incapacidades, etc. Com a manifestação da vontade não viciada, as partes estariam ligadas em um acordo normativo do qual não poderiam desvincular-se.

A realidade dos chamados contratos padronizados e de adesão expôs com evidência a profunda insuficiência da concepção clássica para responder aos problemas relativos ao desequilíbrio contratual. A contratação com base em *cláusulas contratuais gerais* previamente elaboradas, a que a contraparte se limita a aderir, revelou-se uma faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de negociação imprescindível, inclusive nos contratos civis e empresariais. A essa faceta junta-se outra característica marcante, que é o aumento constante da desigualdade de poder negocial entre os contratantes. Em conseqüência, esse tipo de contratação cria amplas oportunidades para que uma das partes possa aproveitar-se de sua situação de superioridade, ou de circunstância mais favorável, impondo cláusulas que a beneficiam e destroem a relação de equivalência entre direitos e obrigações. Essa problemática não alcança um tratamento satisfatório nos postulados da concepção liberal.

Esses fatos impulsionaram e continuam a estimular a construção de uma nova teoria contratual mais adequada aos novos tempos, a qual já está bem enraizada em algumas áreas específicas, como no Direito do

Consumidor, onde se consolidou a noção de cláusulas abusivas. Isso foi possível ao se conceber que o Direito dos Contratos é orientado não apenas pelo princípio da autonomia privada, mas também por princípios como o da justiça (ou do equilíbrio) contratual e o da boa-fé. Contudo, a concepção moderna ainda precisa repercutir seu eco nas relações contratuais civis e empresariais.

A desigualdade econômica das partes e as cláusulas abusivas fazem parte de uma realidade constante nas relações civis e empresariais, conforme analisado no segundo capítulo. 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, aquelas duas características 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, inclusive nos relacionamentos entre as próprias empresas, em que há quase sempre um parceiro capaz de determinar a sorte dos negócios.

Assim, as cláusulas abusivas não são exclusivas do Direito do Consumidor. É realidade constante atualmente nas relações regidas pelo Direito Comum e pelo Direito Empresarial, porém sem a devida atenção do legislador. Deveras, constatou-se que no novo Código Civil, em que pesem as inovações introduzidas na teoria geral do Direito dos Contratos, as cláusulas abusivas não receberam uma disciplina específica através de *regras* que pudessem abarcar toda a extensão e alcance de sua incidência. Observou-se que a maneira franciscana como foram regulados os contratos padronizados e de adesão não é condizente com os novos tempos e com o ambiente socioeconômico propício para imposições ilegítimas do predisponente. E da forma como vem sendo tratada a matéria por parte da doutrina e jurisprudência no âmbito dos contratos civis e empresariais, as cláusulas abusivas muitas vezes proliferam sem controle.

Então, diante da grande rede de contratações com imposições “vexatórias” por meio de cláusulas abusivas, mas que não tiveram uma consideração especial fora do campo restrito das relações de consumo, evidencia-se que há uma lacuna de regras nessa matéria. Por conseguinte, cabe ao intérprete, atento à incidência de cláusulas abusivas, encontrar a solução mais adequada e congruente com o sistema jurídico privado atual. Entre as formas para coibir as cláusulas abusivas que não sejam tuteladas por regras específicas, nos contratos civis e empresariais, os aplicadores do Direito podem utilizar-se dos seguintes mecanismos:

1. Aplicação “analógica” do Código de Defesa do Consumidor, com apoio nas disposições do art.

O Direito do Consumidor é um Direito Especial em relação ao Direito das Obrigações. A solução contida no Direito Especial, mesmo que porventura não constitua afloramento de princípios gerais, pode apresentar-se como adequada para colmatar a lacuna, tanto do Direito Geral como de outro Direito Especial. Em consequência, diante de certos requisitos, mesmo que não houvesse o mandado do art. 29 do CDC para aplicar as normas dos Capítulos V e VI fora do âmbito das relações de consumo, ainda assim seria admissível a extensão do regime das cláusulas abusivas, para colmatar lacuna do Direito Civil e do Direito Empresarial.

As normas protetivas contra cláusulas abusivas estipuladas no CDC não têm natureza excepcional. Sendo assim, sempre que se possa caracterizar a similitude de situações, em harmonia com o princípio segundo o qual casos semelhantes devem ter tratamento similar, será possível a aplicação analógica. Ou seja, é possível a extensão dos preceitos que estabelecem o controle das cláusulas abusivas no Direito do Consumidor a hipóteses que ultrapassam o âmbito deste, sempre que se possa dizer que as razões da solução neles adotada são também procedentes para o caso omissis. Era nesta hipótese que tradicionalmente se colocava em prática a chamada *analogia legem*.

É dentro dessa lógica que se compreende o disposto no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, ainda que literalmente ele pareça afastar a aplicação do conceito clássico da analogia. Esse dispositivo manda aplicar as normas dos capítulos V e VI do CDC às pessoas “expostas às práticas” ali referidas, assegurando com isso a aplicação do regime de proteção contra cláusulas abusivas também aos “consumidores-equiparados”. Pelo menos nessas hipóteses não se poderia caracterizar verdadeira analogia, já que existe uma norma para o caso, que é o próprio art. 29. Entretanto, a consideração desse dispositivo como um caso especial da aplicação analógica, porque afinal ele só será aplicável quando houver similitude de situações, será um importante suporte do procedimento hermenêutico, na perspectiva de melhor coadunar ramos jurídicos e especificidades diferentes.

O art. 29 do CDC cria a categoria dos “consumidores-equiparados” e, ao indicar-lhes uma tutela ampla, nos capítulos V e VI, abre um largo leque de possibilidades para coibir cláusulas abusivas fora das relações contratuais de consumo. Assim, concluiu-se que está equivocado o entendimento de que o universo dos destinatários da norma do art. 29 do CDC seria constituído apenas pelos “*potencialmente consumidores*”. Contratantes que não podem ser tutelados com base no art. 2º do CDC, por não serem “destinatários finais”, ou porque as relações não se caracterizam como de consumo, têm naquele dispositivo a oportunidade de serem albergados pela extensão da tutela. Esse é um poderoso instrumento a ser invocado pelos “consumidores-equiparados”, a fim de combater as estipulações contratuais abusivas.

Entretanto, o fato de o art. 29 determinar a aplicação, não significa que esta deixe de ficar dependente da demonstração da similitude de situações: só é possível considerar pessoas ou entidades como equiparadas a consumidores, para efeito do art. 29, quando estivermos perante uma especial situação de vulnerabilidade delas, que as ponha em situação similar à dos consumidores. A “identidade”, no aspecto *decisivo para a valoração jurídica*, é a situação de *vulnerabilidade* (técnica, jurídica, econômica, etc.) do contratante mais fraco, mas quando alguém fecha contrato, no âmbito da atividade produtiva lucrativa, não é presumivelmente parte vulnerável e só poderá utilizar-se da proteção do CDC se afirmar e demonstrar a *condição de vulnerabilidade* na realização do negócio.

Entre os elementos que servem de indícios da situação de vulnerabilidade, cabe inquirir se do lado mais fraco ainda está presente um consumidor. Cumpre também, quando não se possa dizer que há um consumidor, investigar se a *contratação é padronizada e de adesão* e se há manifesta *desigualdade de poder negocial*. Aliás, estas são situações comuns e características das relações contratuais civis e interempresariais. Dessas características, uma vez demonstradas em juízo, deflui a semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica entre a contratação de consumo e a não de consumo.

É claro que o juiz poderá atenuar a necessidade de comprovação da condição de vulnerabilidade, por exemplo, quando se tratar de pessoa física. Por isso, normalmente se argumenta que estes são casos de presunção da vulnerabilidade. De outra parte, logicamente, o juiz poderá excluir os benefícios do CDC para hipóteses de contratos não padronizados e de adesão nos quais se possa dizer que há uma relação entre iguais, como em contratos celebrados entre macroempresas.

Sendo assim, considerando alguns requisitos a fim de que o aplicador do Direito possa constatar a similitude de situações, muitas cláusulas abusivas do âmbito do Direito Civil e Empresarial são passíveis de serem controladas pela aplicação analógica de preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sem romper com os cânones básicos de interpretação jurídica.

2. *Aplicação dos princípios fundamentais do Direito dos Contratos.*

A moderna metodologia jurídica considera que o Direito inclui princípios e regras como duas espécies de normas jurídicas. Especialmente quando falta uma regra específica para uma decisão judicial, como no caso das pretensões de revisão contratual, de redução cláusulas excessivas ou de nulificação de cláusulas abusivas em contratos civis e empresariais que não possam ser solucionadas por regras, é necessário que os juízes recorram aos princípios jurídicos. Nas hipóteses em que as regras expressas estão aquém, e não conseguem efetivar o teor normativo principiológico, a decisão judicial poderá tornar expressa a regra para o

caso. E, quando os juízes eventualmente declararem a nulidade de cláusulas abusivas por princípios jurídicos, trata-se da efetivação de uma obrigatoriedade já constituída pelo Direito. Essa perspectiva também indica um caminho para solucionar o problema das cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais.

A fim de realizar o exame judicial interno do conteúdo dos contratos, deve o juiz enumerar os princípios, expressos e latentes, possivelmente aplicáveis, e submetê-los a um juízo crítico. No controle das cláusulas abusivas, o *princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual* cumpre um papel essencial. O princípio da justiça contratual permite cobrir as lacunas que existem na proteção da equivalência entre direitos e obrigações das partes, possibilitando ao juiz reduzir cláusulas desproporcionais e declarar a nulidade de cláusulas abusivas, não expressamente coibidas pelas regras do Direito Civil e Empresarial.

A propósito, cumpre observar que, com o fito de implementar o princípio da justiça contratual, o Código de Defesa do Consumidor declara nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a equidade (art. 51, IV). Nisso se revela um princípio geral, que, precisamente por ser geral, há de ter aplicação no Direito Comum e, por conseguinte, é aplicável a todos os demais ramos “autônomos” descendentes dele: é norma de sobredireito estatuída no CDC, passível de emprego nas relações regidas pelo Direito Civil e Empresarial.

Além disso, no Código Civil de 2002 o princípio da justiça contratual se revelou em vários dispositivos. Como *princípio da equivalência entre prestação e contraprestação* aparece quando se fala na lesão (art. 157), na correção monetária (art. 317), na onerosidade excessiva superveniente (art. 478). Também está subjacente nos preceitos relativos à responsabilidade por vícios redibitórios (art. 442, 443 e 444) e pela evicção (arts. 452 e 455); do mesmo modo no que diz respeito à redução do preço por deterioração da coisa locada (art. 567), entre outros. Como *princípio da distribuição eqüitativa (ou justa) de ônus e riscos* está presente em dispositivos como aquele do Código Civil que impõem os riscos do transporte ao comprador (art. 494). É a preocupação que está subjacente a preceitos como o que distribui os riscos da perda de coisa certa (art. 234), e os demais dispositivos que permitem a resolução do contrato com fundamento na impossibilidade de realização da prestação de uma das partes. Está presente de modo especial, no mais importante artigo que disciplina o “contrato de adesão” (art. 424), ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Assim, de acordo com o princípio do equilíbrio, nos contratos civis e empresariais, cumpre ao juiz verificar a harmonia contratual, avaliando as cláusulas à luz do contrato como um todo, contemplando a sua

globalidade, de tal modo que possa equilibrar o seu conteúdo e a consistência contextual. As cláusulas que apresentam considerável, evidente ou notável desproporção, isto é, uma desvantagem exagerada para a parte mais fraca, independentemente de qualquer outra condição, representam uma perturbação do equilíbrio contratual, que precisa ser restabelecido. Uma vez caracterizada a “exagerada vantagem”, o “desequilíbrio grave” entre direitos e obrigações das partes, cabe ao juiz sancionar a cláusula que cria essa situação abusiva, em vista da justiça contratual substantiva.

Aliás, diante de conflitos sobre cláusulas, envolvendo contratos padronizados e de adesão, é defensável que haja uma precedência do princípio do equilíbrio, autorizando a análise imediata sobre o conteúdo substancial, porque, nessas situações, a contratação já nasce com a pecha da injustiça formal, ou de ofensa à autonomia privada com igualdade de chances.

Outro princípio a ser contemplado é o *princípio da boa-fé* (expresso nos arts. 113, 187 e 422, do Código Civil), que é importante para determinar o sentido a atribuir às cláusulas contratuais, ainda antes de poderem ser qualificadas como abusivas ou não. Noutra instância, quando se puder afirmar que a cláusula atribui a uma das partes vantagens incompatíveis, o princípio da boa-fé será invocado especialmente no controle das chamadas cláusulas-surpresa, ou seja, quando o desequilíbrio contratual está mascarado atrás de estipulações aparentemente legítimas.

Por último, o *princípio da função social do contrato* possui densidade permeável para acolher, em parte, as exigências do princípio do equilíbrio contratual. O princípio da função social do contrato contém ligações de fundo com o princípio da justiça contratual, de tal modo que as cláusulas abusivas, que se caracterizam propriamente pela ofensa ao princípio da justiça contratual, também ofendem o princípio da função social do contrato. Em decorrência disso, a norma estabelecida no art. 421 do Código Civil, que obriga a liberdade contratual a atender à função social do contrato, poderá desempenhar importante papel no controle de cláusulas abusivas, no campo contratual que escapa à regulação específica.

3. A aplicação de princípios constitucionais.

A tentativa de aplicar princípios constitucionais no Direito Civil revela certa insuficiência do conceito tradicional de cláusulas abusivas. O estudo feito nesta dissertação indica que existe uma relação entre princípios fundamentais do Direito dos Contratos e princípios constitucionais. Na linguagem jurídica corrente, as cláusulas abusivas são conceituadas como ofensa aos princípios fundamentais dos contratos, essencialmente ofensa ao princípio do equilíbrio contratual e ao da boa-fé. Contudo, observou-se que estes princípios, que descendem dos valores fundamentais da sociedade, têm um fundamento constitucional, sendo possível dizer que

a caracterização das cláusulas abusivas também ocorre nesse nível menos denso. Então, também é adequado afirmar que as cláusulas abusivas constituem ofensa àqueles princípios constitucionais correspondentes aos respectivos princípios gerais dos contratos.

Essa consideração não implica uma identificação entre o conceito de cláusulas abusivas e o de abuso de direito. Não são todos os princípios gerais do Direito ou todos os princípios acolhidos pelo ordenamento que interferem na caracterização mais ampla das cláusulas abusivas, mas apenas aqueles princípios constitucionais que se identificam, em alguma instância, com os princípios fundamentais dos contratos. Entretanto, surge a necessidade de uma nova distinção entre cláusulas abusivas e cláusulas ilícitas.

Observou-se que será incorreto caracterizar como ilícitas, em sentido estrito (mais que abusivas), aquelas cláusulas que ofendem princípios que são supracontratuais, princípios constitucionais fundamentais; pois, como se constatou, as cláusulas abusivas, ao desrespeitarem os princípios que formam a ordem pública interna dos contratos, também ofendem alguns princípios constitucionais que dizem respeito não apenas aos contratos. Todavia, assim, sem uma nova especificação, todas as cláusulas abusivas passariam a ser cláusulas ilícitas porque todas elas sempre ofenderiam não apenas os princípios infraconstitucionais dos contratos como também princípios constitucionais. Seguindo esta via, será necessário definir as normas constitucionais que se constituem em princípios contratuais menos densos e que dão base aos princípios gerais dos contratos, os quais sustentam a caracterização das cláusulas abusivas na legislação ordinária.

Uma solução seria determinar cabalmente a relação entre princípios infraconstitucionais e constitucionais. Assim, definidos os princípios infraconstitucionais que são ofendidos pelas cláusulas abusivas e os respectivos princípios constitucionais envolvidos, por exclusão caracterizariam cláusulas ilícitas as estipulações contratuais que ofendessem outras normas. Porém, é muito complexa a identificação de tais princípios constitucionais, porque, como analisado no final do quarto capítulo, certamente cada princípio fundamental dos contratos ofendido pelas cláusulas abusivas poderá ter por fundamento mais de um princípio constitucional. Desse modo, até o presente, a doutrina não possui um conceito adequado de cláusulas abusivas que possa dar conta de uma abordagem sistemática na perspectiva civil-constitucional, mas essa discussão periférica não pode servir como obstáculo impeditivo da aplicação dos princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais programáticos conferem, por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. É possível exigir em juízo a abstenção de atos contrários aos ditames das normas constitucionais programáticas, e com isso coibir ações das pessoas privadas que realizam condutas ofensivas a tais desideratos. Sempre quando, nas relações entre pessoas privadas,

o titular de um direito, ao exercê-lo, atingir outra pessoa ou seus bens, apontando para um sentido contrário a tais preceitos constitucionais, os afetados terão o direito subjetivo de obter decisões judiciais orientadas pelos dispositivos constitucionais envolvidos. Por conseguinte, as cláusulas abusivas poderão ser contrastadas pela própria normatividade dos princípios constitucionais programáticos.

A Constituição de 1988 inseriu no sistema jurídico brasileiro normas que contêm, além de princípios esquemáticos para a atuação legislativa futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, inclusive do Direito dos Contratos. Dessas normas, cumpre lembrar o art. 170, em que a *livre iniciativa* foi alçada como um dos dois fundamentos da ordem econômica; e, entre os princípios gerais, cabe destacar o da *livre concorrência*, que a ela está estreitamente ligado. Não é menos certo, porém, que a Constituição tenha dado ênfase às determinações em favor da justiça social, como são exemplos significativos a obrigação de atender à “função social da propriedade”, à “defesa do consumidor”, à “redução das desigualdades [...] sociais”. Ademais, a ordem econômica e financeira é indissociável dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), dos objetivos da República Federativa (art. 3º, da CF) e dos direitos e garantias constitucionais (art. 5º, da CF).

Ora, quando, num contrato, uma das partes está a sofrer desvantagens consideráveis em benefício da contraparte, tal transação não está de acordo com o preceito constitucional que afirma ser objetivo da República construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF). Se uma das partes precisa arcar com riscos e ônus desproporcionais aos direitos e benefícios recebidos, ela sofre prejuízo considerável e são aniquiladas as possibilidades de *redução da desigualdade social* (art. 3º, III, e art. 170, VII, da CF). Se o predisponente, de forma calculada, habilmente inclui nos seus contratos cláusulas e condições ruinosas a dezenas ou centenas de pessoas, sua atuação não atende aos *valores sociais da livre iniciativa* (art. 1º, IV, da CF), e aos ditames de *justiça social* (170, *caput*, da CF). No fundo, quando se busca implementar a noção de equilíbrio contratual subjacente na proteção contra as cláusulas abusivas, também se abre caminho para o cumprimento de muitas normas imperativas da Constituição.

Assim, as cláusulas que apótem a presença de obrigações “iníquas, abusivas”, que coloquem qualquer aderente em desvantagem exagerada nas relações civis e empresariais, são incompatíveis com os “valores sociais da livre iniciativa” (art. 1º, IV), com os “ditames de justiça social” (art. 170, *caput*), ou ainda com a “redução das desigualdades [...] sociais” (art. 3º, III, art. 170, VII), entre outros. O teor normativo do conjunto de preceitos constitucionais certamente proíbe a contratação que pretenda vantagem excessiva ou que cause desvantagem exagerada entre direitos e obrigações das partes.

Ademais, o comando que assegura a “inviolabilidade do direito à igualdade” (art. 5º, *caput*, da CF) pode ser interpretado no sentido de que o Estado deve procurar realizar a *igualdade substancial*, tratando desigualmente os desiguais. Na realidade de grande parcela dos negócios jurídicos, devido à desigualdade real entre as pessoas, esse dispositivo deve ser valorizado, considerando-se incumbência e poder não só do legislador, mas também *do juiz*, colocá-lo em prática através de tratamento favorecido aos mais fracos.

Deveras, o Judiciário não pode agir somente em busca da segurança jurídica na aplicação de uma lei e valorizar apenas o disposto de que “todos são iguais perante a lei”, isto é, uma *igualdade formal*. O princípio da isonomia requer que, quando as regras ordinárias do Direito dos Contratos estejam distantes das diferenças reais e não sustentem a implementação total do equilíbrio contratual, os juízes não devem preservar o quadro de abstrações. Por isso, no caso concreto, no controle do próprio conteúdo do contrato, o juiz há de verificar a situação de desequilíbrio, sujeição, vulnerabilidade, que importe a aplicação de princípios protetores dos desfavorecidos, em vista da igualdade substancial e do acesso à justiça em paridade de forças. Desse modo se atingirá não apenas a segurança jurídica, que continua sendo assegurada pela aplicação de princípios, mas também se obterá a aceitabilidade racional da decisão.

Cumprir observar que a “livre iniciativa”, a autonomia privada e a liberdade contratual encontram seus limites no regramento constitucional. A constatação do alcance de suas restrições advém da conjugação com outros princípios. Cabe realizar uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, a qual, de um modo geral, deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos de diversos titulares.

Enfim, com base nas três dimensões de análise das alternativas de solução para o problema objeto deste estudo, não pode prosperar qualquer espécie de cláusula abusiva nos contratos civis e empresariais. O controle se justifica pela extensão da aplicabilidade das normas de proteção contratual inseridas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pela aplicação de princípios gerais (e infraconstitucionais) dos contratos e com fundamento no conjunto de princípios constitucionais informativos das relações econômicas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 07-20, mar. 1989.
- _____. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.
- _____. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.
- _____. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 751, p. 32-50, maio. 1998.
- _____. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 18-31, maio. 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA SANTOS, Francisco Cláudio. A locação de espaço em “shopping centers”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 09-22, jul. 1992.
- 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.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. As condições abusivas na concessão de crédito bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 40, p.35-45, out./dez, 2001.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e econômica. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1988.
- ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 6, n. 19, p. 15-37, jan./ mar. 1982.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- ASSIS, Araken. Controle da eficácia do foro de eleição em contratos de adesão (jurisprudência comentada). *Ajuris*, Porto Alegre, n. 48, p. 219-233, mar. 1990.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 11-17, maio. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

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, p. 279-306.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BAYEUX FILHO, José Luiz. O ressurgimento da rescisão lesionária ou por usura real no ordenamento positivo brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 78-88, out./dez. 1995.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 133-157, jul./set. 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. 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. 210-428.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UNB, 1981.

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, ano 78, n. 648, p.17-20, out. 1989.

_____. As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 106, p. 161-172, abr./jun. 1990.

_____. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor (lei 8.078 de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. da UNB, 1994.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, n. 653, p. 54-68, mar. 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.

BONATTO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e a sua significação na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 93, p. 34-46, jan./mar. 1990.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 07-51, [1992].

BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Questões contratuais no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993.

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

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CARVALHO, Astrid Maranhão de. A transmodernidade e a relação de consumo. In: EFING, Antonio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1. p. 149-202.

CASADO, Márcio Mello. A vedação do aumento arbitrário do lucro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 95-109, abr. 1998.

_____. *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.

_____. *Manual de direito Comercial*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico, financeiro*, São Paulo, ano 13, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

_____. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 614, p. 14-22, dez. 1986.

_____. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Eficácia Constitucional: horário de funcionamento de farmácias e drogarias e o princípio constitucional de proteção ao consumidor. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 46-49, abr./jun., 1991.

_____. Prescrições sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 11-19, abr. 1998.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Direitos do consumidor e serviços bancários e financeiros – aplicação do CDC nas atividades bancárias. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 7-17, jul./set. 1998.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor, aspectos práticos — perguntas e respostas*. São Paulo: RT, 1995.

_____. A aplicação do código do consumidor à atividade bancária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 78-87, jul./set. 1998.

_____. *Direito do Consumidor: teoria geral da relação de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Revisão contratual. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1. p. 13-47.

FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317-324.

_____. 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, 1998. p. 115-149.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo código civil e do código de defesa do consumidor). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 797, p. 43-59, mar. 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, ano 10, n. 2, p. 15-48, abr./jun. 1998.

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

FERRAJOLI, Luigi et. all. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Trotta, 2001a.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2001b.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan. (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 57-148.

FIDA, Orlando; ALBUQUERQUE, J. B. Torres de. *Prática e jurisprudência dos contratos*. Campinas: Jurídica Mizuno, 1997, 2 v. em v. 2.

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

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-106.

FIN-LANGER, Laurence. *L'Équilibre contractuel*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2002.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. *Ajuris: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, p. 39-52, jul. 1987.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

GILBRAN, Sandro Mansur. *O conceito de consumidor e sua extensão legal*. In: EFING, Antonio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 2. p. 85-109.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONZALEZ, Cristiane Paulsen. *Código de defesa do consumidor na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 187-192, jul./dez, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Prefácio. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 11-15.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Abuso do direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 118, p. 359-371, ago. 1948.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. *A inclusão do outro: estudo de teoria política*. Tradução de George Spender & Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Verdade y justificación: ensaios filosóficos*. Tradução de Pere Fabra e Luis Díez. Madrid: Trotta, 2002 a.

HART, H.L.A.. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

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.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 12, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 14, p. 38-54, abr./jun. 2003.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IORIO, Ubiratan Jorge Iorio de Souza. *Economia e liberdade: a Escola Austríaca e a economia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, n. 16, jun./jul. 2000.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Cláusulas Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1995.

_____. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 44-50, maio. 1991.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

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, ano 86, n. 745, p. 27-40, nov. 1997b.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

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

_____. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 705, p. 45-50, jul. 1994.

_____. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 40-45, dez. 1995.

_____. Direito e constituição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 241-245, out./dez. 2000.

_____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun., 2002.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 149-183, 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

LUNA, Everaldo da Cunha. *Abuso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MACEDO, Elaine Harzheim. Contrato de adesão: controle judicial dos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 99-117, jul./set. 1995.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 99-115, jan./mar. 1998 a.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

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

MARINS DE SOUZA, James J. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1993.

_____. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 94-104, abr./jun. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, p. 35-77, jul. 1995.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 107-148, fev. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso teka vs. aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p.221-240, out./dez. 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, jun. 1992.

_____. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 140-164, 1992a. Edição especial.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-186.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 801, p. 11-29, jul. 2002.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 307-324.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

_____. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 630, p. 247-249, abr. 1988.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173-210.

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

_____. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 50-60, out./ dez., 2002.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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.

NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 332-343.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

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, jul./set. 1998.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1988.

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

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

_____. A responsabilidade civil do transportador aéreo por danos a pessoas, bagagens e cargas: caso recente de criação jurisprudencial de direito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 167-184, out./ dez. 2002 a.

_____. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NOVAIS, Alinne Arlette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-54.

_____. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001 a.

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

OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de defesa do consumidor: doutrina, jurisprudência e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia Jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PALMER, N. E. *Notes of cases: limiting liability for negligence. The modern law review*. London: The modern law review limited, v. 45, n. 3, p. 322-329, may. 1982.

PASCUTI, Caroline Paludetto. Autonomia da vontade em face dos contratos de consumo. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1. 49-62.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987.

PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 325-356.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 257, p. 33-43, 1977.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

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

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03-29.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. Diretrizes da reforma do Código Civil. *Revista do advogado*, n.19, p. 05-12, out. 1985.

_____. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo:Saraiva, 1993.

_____. Visão geral do Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 9, p. 09-17, jan./mar., 2002.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira, 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002.

RIZARDO, Arnoldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

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

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei nº 8.078, de 11.9.90*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean-Christoph; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 194-211.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social: lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, p. 09-37, abr./jun. 2002.

_____. A função social do contrato: elementos para uma conceituação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 13, p. 99-111, jan./mar. 2003.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos privados. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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.

SHARP JÚNIOR, Ronald. *Código de defesa do consumidor anotado*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.06, p. 146-156, out./dez. 1993.

_____. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 122-135, jul./dez. 1997.

_____. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998 a.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra/Portugal, v. XLI, n. 02, 2000, p. 867-886.

TAFARO, Sebastian. A dívida e a proteção da parte mais fraca do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p. 19-63, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-16.

TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico na Constituição Federal de 1988. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais / Fascículo Civil*, São Paulo, ano 88, n. 765, p. 11-33, jul. 1999.

_____. *Direitos do Consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christoph; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 231-245.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. *Revista de Direito do consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 52-66, [1992].

_____. Abuso do poder econômico e abuso de poder contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 715, p. 87-107, maio. 1995.

WALD, Arnold. Do contrato de adesão no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, p. 257-266, abr./jun., 1980.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. v. 1.

WANDDAMS, S.M. *Unconscionability in contracts. The modern law review*. London: *The modern law review limited*, v. 39, n. 4, p. 369-393, jul. 1976.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespânia. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre o abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 538, p. 16-25, ago. 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Tradução Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995.