

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Adilson da Penha Lopes

ABUSIVIDADE CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Porto Alegre
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Adilson da Penha Lopes

ABUSIVIDADE CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

Porto Alegre
2010

À minha orientadora, Dra. Cláudia Lima Marques,
em agradecimento pela atenção e incentivo.

À minha mãe, Silvestra,
às minhas irmãs, Ivalena e Maria de Jesus,
pelo amor, incentivo e apoio incondicional.
À Brucelinda, pelo amor e paciência.

À Faculdade de Direito da UFRGS,
pela excelente formação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil brasileiro

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEE – Comunidade Econômica Européia

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

MP – Ministério Público

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da inserção das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, ou seja, analisa a inserção das cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores e suas conseqüências jurídicas. O julgamento de tais cláusulas, segundo os princípios da boa-fé, da equidade e outros, exigirá, por parte do intérprete nova postura, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, fulminando-as de nulidade, com o propósito de (re)estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Palavras-chave: Código de Defesa do Código. Relações de Consumo. Contratos de Adesão. Cláusula abusiva.

ABSTRACT

This work discusses the theme of inclusion of unfair terms in contractual relations of consumption, or analyzes the inclusion of unfair terms in contracts between suppliers and consumers and their legal consequences. The trial of such clauses, according to the principles of goodwill, equity and other, will, by the interpreter new position, under the auspices of the Consumer Protection Code, boring into the invalid, with the purpose of (re-) establish balance in consumer relations.

Keywords: Code Protection. Consumer Relations. Contracts of Accession. Unfair.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO DO CONTRATO: DO CONCEITO CLÁSSICO À MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL.....	11
1.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO CONTRATO AO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL.....	11
1.2 MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL: CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS E CONTRATO DE ADESÃO.....	18
2 O SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR: DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	28
2.1 A CARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	28
2.2 A LISTA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DO CDC E FORMAS DE CONTROLE.....	38
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A emergência do mercado de massa, fenômeno social, econômico e cultural do século XX, decorrente do período de expansão industrial e da implementação do comércio do século XIX, alterou as estruturas tradicionais do contrato, exigindo que tais negócios jurídicos impulsionassem a economia, de forma a agilizar a prestação de bens e serviços para atender o crescente consumismo. Os negócios deixaram de ser objeto de contratos assentes na igualdade das partes, que livremente conformavam o seu conteúdo, de acordo com os seus interesses. O comércio jurídico massificou-se, em decorrência da produção e distribuição em massa dos produtos e serviços.

As grandes empresas buscaram um modelo contratual capaz de atender à aceleração das operações necessárias à colocação dos produtos no mercado de consumo e atender aos seus objetivos de racionalização, diminuição de custos e aumento dos lucros. Introduziram, assim, uma nova maneira de contratar: os contratos celebrados mediante adesão a condições gerais pré-elaboradas e pré-dispostas por elas, não precedidos de qualquer fase de negociação. Esse modelo se impôs no mercado de consumo, de tal sorte que a autonomia privada, na forma concebida originalmente, como o poder das partes contratantes de auto-regulamentarem seus interesses privados, deixou de existir. Foi substituída pela vontade soberana da parte que predispõe, de modo uniforme, as condições gerais, para serem incorporadas a múltiplos contratos singulares, celebrados em série, sem liberdade dos aderentes de conformação do seu conteúdo.

Paralelamente a essas grandes transformações econômicas, O Estado Liberal cedeu vez ao Estado social de direito, das liberdades positivas, criando o ambiente favorável à intervenção do Estado no domínio econômico e no âmbito dos contratos, em busca do equilíbrio nas relações contratuais, já, de forma expressiva, representadas por contratos em série ou de massa, os chamados contratos de adesão, que surgiram à sombra da liberdade contratual.

Tais negócios jurídicos consistem em verdadeiros impressos, com condições contratuais previamente estipuladas pelos fornecedores, sem que haja possibilidade do cliente discutir o seu conteúdo. Isso significa que o esquema contratual vem pronto, devendo aceitá-

lo integralmente aquele que se propõe a travar a relação. Essa modalidade contratual tem suscitado pertinentes controvérsias. No contrato de adesão, o contratante aderente não discute as cláusulas, o conteúdo do contrato, limitando-se apenas a aderir àquilo que lhe é oferecido.

Mas, se por um lado, o novo instrumento contratual facilitou a aquisição de bens e serviços, por outro tornar-se fonte de desequilíbrio contratual entre as partes. A explicação não é outra: os empresários, os fornecedores, valendo-se da posição economicamente favorável, muitas vezes acabam por trazer ao contrato cláusulas abusivas que afrontam ao princípio da boa-fé, da lealdade, da tutela da confiança e do equilíbrio contratual. Dependente de explicações ou de informações técnicas alheias à sua compreensão, o consumidor contraente, então, adere a uma situação contratual sem conhecer a carga obrigacional e seu alcance, o que evidencia sua vulnerabilidade técnica, jurídica e técnica.

Com o advento do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.09.1990), as cláusulas abusivas passaram a ser combatidas de uma forma mais rígida, célere e eficaz. O conceito e a natureza jurídica das cláusulas abusivas constituem matéria de longa discussão. De modo geral, poder-se-ia concebê-las como aquelas notoriamente desfavoráveis ao sujeito mais fraco da relação contratual, no caso, o consumidor, consoante o art. 4º, inciso I, do CDC. Tais cláusulas ofendem o postulado do equilíbrio e a cláusula geral de boa-fé contidos nos art. 4º, III, e art. 51, IV, do CDC. As normas que proíbem as cláusulas abusivas são de ordem pública e, portanto, inafastáveis por vontade das partes. Essas normas aparecem como instrumentos do Direito para restabelecer o equilíbrio entre as partes, compensando, assim, a hipossuficiência do consumidor, com a adesão a cláusulas gerais, na sua contratação com fornecedores que deles se utiliza.

Na primeira parte do trabalho, subdivido em dois tópicos, é feita uma abordagem histórico-evolutiva da concepção clássica do contrato à massificação contratual, onde se insere os contratos de adesão, instrumento contratual mais comum que dá concretude às cláusulas abusivas. Na segunda parte, também, subdividido em dois tópicos, é estudada a parte doutrinária, a regulamentação no CDC (art. 51) e formas de controle das cláusulas abusivas (administrativo, legislativo, administrativo).

O desenvolvimento do trabalho é feita à luz da doutrina nacional, além de trazer o posicionamento jurisprudencial sobre parte dos assuntos tratados. Também, recorreu-se à

legislação nacional e, em parte, estrangeira, naquilo que permite comparação com o tratamento dispensado ao tema das cláusulas abusivas. Utilizou-se do método dedutivo e comparativo.

1 EVOLUÇÃO DO CONTRATO: DO CONCEITO CLÁSSICO À MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

1.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO CONTRATO AO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL.

O direito caminha ao lado da sociedade, acompanhando o seu desenvolvimento. O contrato como instrumento pelo qual se constitui, modifica ou extingue obrigações possui a sua gênese na Antigüidade, como forma de propulsão a circulação de riquezas, indispensáveis à existência do homem. A humanidade evoluiu e com ela as suas estruturas de organização, o que não poderia ser diferente em relação aos contratos.

Os conceitos indispensáveis que delinearam os princípios basilares da teoria contratual, tais como o da força obrigatória dos contratos, do consenso e da autonomia da vontade, vieram da Idade Média, onde a fé jurada significa o respeito à palavra dada, imprimindo a obrigatoriedade ao ajuste, consagrada pelas concepções jusfilosóficas.

O estudo da gênese da atividade contratual foi discutida por várias escolas filosóficas, influenciando no conceito moderno de contrato, que se formou em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais a Canonista e a do Direito Natural.

A contribuição dos canonistas constitui na relevância que atribuíram, de um lado ao consenso, e, do outro, à fé, valorizando o consentimento, preconizando que a vontade é a fonte da obrigação. A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer basicamente de um ato de vontade e que, para criá-lo é suficiente sua declaração.

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na livre vontade dos contratantes, ressaltando-se ainda, que o contrato tem força de lei entre as partes.¹

¹ Concepção subjetivista ou voluntarista que acolhida no primeiro Código moderno, o Code Napoléon: “Art. 1.134. Les conventions légalmentet formées tiennent lieu de loi à ceux que lês ont fait”.

O esquema contratual clássico², portanto, está baseado no acordo de vontades entre as partes, ou seja, a partir da autonomia da vontade. Essa estrutura do contrato encontrou seu ambiente propício no século XIX, no liberalismo individualista, pautado na livre concorrência, até o advento do Estado Social intervencionista.

A autonomia da vontade traduz-se no espaço deixado ao particular para disciplinar os seus próprios interesses. Isto é, os particulares na área dos contratos podem agir por sua própria e autônoma vontade, sendo os limites impostos pela lei a exceção.³ Para Carlos Ferreira de Almeida, a autonomia da vontade significa “a possibilidade duma tripla escolha na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas”.⁴ Pelo princípio da autonomia da vontade, a vontade das partes deve ser considerada como a principal fonte da determinação do regulamento contratual, isto é, os operadores são tendencialmente livres para organizar e desenvolver as suas iniciativas econômicas, na forma do contrato, segundo as modalidades e nas condições que melhor lhes aprouver.⁵

Conforme menciona a doutrinadora Claudia Lima Marques:

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação

² Afirma a douta MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.52, que: “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em oposição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade.”

³ COSTA, Mário Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, 95.

⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direitos dos consumidores**. Coimbra; Almedina, 1982, 13. Nesse sentido, também, ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos e as cláusulas abusivas. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 5-15, jul./set. 1995, p.14: “O fundamento clássico da autonomia da vontade abrange as faculdades de celebrar um contrato, recusar-se a executá-lo, de escolher o contratante, de determinar seu objeto, de escolher a forma do contrato, de modificá-lo, de transferir a posição contratual, de terminá-lo. Nesse sentido, também, MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60: “A idéia de autonomia de vontade está estreitamente ligada à idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de por exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com o proteção do direito.” E. Betti define a autonomia da vontade como o “aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíprocos interesses privados.” (SILVA, Luis Renato da. As causas de revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, 1996, p. 146). L. Ferri entende que a autonomia da vontade expressa uma instância de poder dos cidadãos, entendido este como situação preliminar à relação jurídica travada entre as partes. (Ibid.. p. 147).

⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 166.

para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot ‘da vontade livre tudo procede e à ela tudo se destina.’⁶

Na época liberal, cujo pano de fundo é o princípio de *laissez-faire*, a ideologia dominante era a de que estaria de acordo com o interesse público deixar os operadores econômicos privados livres para agir e contratar. Nessa época, o problema fundamental do direito contratual era garantir que as relações entre os contratantes se desenvolvessem de forma racional e correta, de acordo com a lógica do mercado.⁷ A visão do liberalismo era de um Estado que deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre os particulares. O individualismo liberal dos séculos XVIII e XIX, para Recaséns Siches, é uma concepção ou um sistema personalista, que, além de ter em comum com o ideal liberal em geral a afirmação das franquias fundamentais do indivíduo, considera que a melhor maneira de servir ao fim humanista consiste em deixar em plena espontaneidade e livre jogo as liberdades dos homens em todas as ordens e restringir a função do Direito e do Estado à garantia destas liberdades, mediante a administração de justiça que vele por elas, sem interferir ou intervir para nada na realização dos fins humanos concretos de bem-estar.⁸

Por outro lado, se o indivíduo era livre e tinha a escolha de contrair ou não obrigações, também tinha direito de defender-se contra a imposição de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade. De acordo com a doutrina da época, é necessária a livre movimentação das riquezas na sociedade, o que é realizado por meio do instrumento contratual e, para que a circulação de riquezas se dê da forma mais efetiva possível, defendem a liberdade contratual. Nessa época, acreditava-se “que o contrato traria em si a equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza. Na expressão da época *Qui did contractuelle, dit juste*”.⁹

⁶ MARQUES, 2002, p. 39.

⁷ ROPPO, 1988, p. 223.

⁸ RECASÉNS SICHES apud GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: uma nova concepção. In: GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. **Contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991a, p. 36. Assim, afirma Carlos A. Ghersi. La concepción clásica del Estado postulaba la separación absoluta entre Estado y Sociedad. El Estado no debía intervenir en las relaciones entre particulares sino que – por el contrario – debía permitir la libertad contratual como forma de garantizar la autonomía de la voluntad. (GHERSI, Carlos A. **Contratos: problemática moderna**. Mendoza: Cuyo, 1993, v. 3: Nulidade contractuales y cláusulas abusivas, p. 171).

⁹ MARQUES, op. cit., p. 47. “Para o liberalismo econômico do século XIX, o contrato era um dos mais importantes institutos jurídicos, como instrumento da movimentação de riquezas na sociedade”. (SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996, p. 147).

A economia era caracterizada pela presença de um grande número de produtores isolados, sendo o consumidor a figura central da atividade econômica. A produção era determinada pelo consumo, obedecendo, aos impulsos do mercado. Os indivíduos negociavam livremente sem ingerência do Estado. À época do liberalismo econômico, a concepção do contrato era reflexo do desenvolvimento de capitais, que funcionava livremente, e com ele seus pressupostos de contratação de conteúdo livremente pactuados. Não se considerava nada além do expreso consentimento dos contratantes para que o vínculo se tornasse perfeito e acabado; a lei era mera disposição de fazer valer as determinações estipuladas.¹⁰

O direito privado sofre grande influência sob a égide da Revolução Francesa por parte de seus três postulados: “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”, entendendo que o homem era livre e racional, podendo autodeterminar-se segundo a sua vontade.¹¹ Toda a teoria doutrinária e legislativa dos contratos foi influenciada pelo liberalismo no início do século XIX, prevalecendo dois princípios básicos: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*)¹², tornando o conteúdo do contrato intangível, imodificável. Essa situação implicava conferir à lei o papel de protetora da manifestação de

¹⁰ De acordo com a autonomia da vontade, a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes, cabendo à lei unicamente colocar a sua disposição meios de se tutelar o estrito cumprimento da obrigação, nos termos em que foi pactuada, limitando-se, outrossim, a uma posição supletiva. (MARQUES, 2002, p. 48). “Na concepção tradicional do contrato, a relação contratual tem na sua base princípios fundamentais da liberdade e da obrigatoriedade ou vinculatividade do contrato. A liberdade contratual compreende uma somatória das liberdades de contratar ou não contratar, de determinar o contrato a ser celebrado, de negociar o conteúdo do contrato e de escolher as forma conveniente. A obrigatoriedade do contrato significa a vinculação das partes ao que foi por elas estipulado, a obrigatoriedade de cumprimento, sob pena de sanções previstas, quer dizer, o contrato é lei para as partes”. (SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996, p. 147). Sobre o princípio da força obrigatória, assim, leciona Caio Mário: “O princípio da força obrigatória no contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada em conformidade com a lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, é tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 3, p. 11. Complementa Orlando Gomes: “Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico. Praticamente, o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa a impossibilidade de revisão pelo juiz.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 37-38).

¹¹ ANDORNO, Luis. La lesion. **Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial**, São Paulo, n. 18, out./dez. 1981, p. 19, afirma: Na economia é a época do liberalismo, e no direito é a época do voluntarismo contratual. A Escola Clássica de Economia e Política, com seus conhecidos princípios do laissez-faire, laissez-passar e a Revolução Francesa com seus postulados de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” projetaram tal filosofia ao campo do direito que considera a regra *pacta sunt servanda* como a máxima expressão do princípio da autonomia da vontade.

¹² “A idéia de força obrigatória do contrato, decorrência da autonomia da vontade, significa que uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, não podendo dele se desvincular, a não ser por outro ato de vontade ou pelas figuras do caso fortuito e da força maior.” (MARQUES, op. cit. p. 50).

vontade, assegurando que os pactuantes atingissem os seus objetivos e colocando à sua disposição os instrumentos para fazê-lo.¹³

A partir do século XX houve um estreitamento do espaço da autonomia, ampliando-se a incidência de normas cogentes em várias áreas. As condições gerais dos contratos convivem lado a lado com o intervencionismo estatal, diminuindo a autonomia privada, que já não é mais exercida em sua plenitude de outrora, como de escolher o tipo contratual e a de determinar o conteúdo do mesmo. Desde a época do *laissez-faire*, do liberalismo econômico e político as sociedades ocidentais passaram por profundas transformações de ordem econômicas, política e social que refletiram sobre o direito contratual, transformando-o. O contrato se apresenta, assim, de forma muito diferente da qual se apresentava no século XIX e meados do século XX.¹⁴

A teoria contratual passou por uma renovação, a qual ocorreu pelo incremento da vida contratual, pela mudança de uma economia agrária para uma economia industrial e capitalista, concentradora de riquezas e de poder, pela intervenção dos poderes públicos chamados a dirigir as forças econômicas e sociais, resultando na institucionalização dos contratos e na intervenção legislativa neste campo antes inteiramente reservada a autonomia privada.¹⁵ Nessa linha de desenvolvimento, Paulo Lôbo afirma que,

o contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica. E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida de seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu predomínio.¹⁶

A moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função, ou seja, deixe de estar voltada tão somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários que se impõem à vontade.

¹³ Sobre isso, afirma a doutrinadora MARQUES, 2002, p. 40, que a função das regras contratuais será somente proteger a vontade e liberdade dos contratantes, considerados igualmente, independentemente de suas condições sócio-econômicas e culturais. Afirma a autora: “Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual. Essa concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do Direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil brasileiro de 1916.” (MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 27-35, [1994], p. 28).

¹⁴ ROPPO, 1988, p. 295.

¹⁵ MARQUES, 2002, p. 222.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 19.

A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem objetivos coletivos que extrapolam o individual. Portanto, a noção de autonomia se insere dentro de um quadro onde os fins condicionam os meios e supera a mera noção de poder individual para que se dê lugar a uma visão de poder-função, voltada para uma sociedade massificada, onde o indivíduo perde como tal, mas ganha como membro da comunidade.¹⁷

Judith Martins Costa, assim, admite, que

hoje os limites da liberdade contratual – idéia que, como visto, já foi considerada conatural ao conceito – passam pela relativização da vontade individual, tida como expressão daquela liberdade – na chave mais geral das relações entre *indivíduo* e *comunidade*, questão cultural permanente cuja solução, como bem avisa Raiser, “deve ser elaborada por cada geração de maneira adaptada à própria época.”¹⁸ (grifo nosso)

O processo econômico, caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas, exigiu a generalização das relações de troca, levando ao surgimento do contrato como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito. Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato, no direito contemporâneo, entre as quais, a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi totalmente descartada e a interferência do Estado na economia fez-se notar, implicando na limitação da liberdade de contratar com o encolhimento da autonomia privada. Segundo J. Santos Briz, o novo posicionamento do Estado encontra na necessidade de amparo ao economicamente mais fraco e no restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas a sua justificação.¹⁹

Dessa forma, conclui-se que houve expressiva mudança de uma visão clássica, liberal e individualista para uma visão social e garantidora do equilíbrio contratual. O esquema contratual clássico não se aplica na maioria das novas categorias contratuais, que desconsidera noções de consentimento, intangibilidade e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*), princípios consagrados, que não conseguem mais ter aplicação generalizada.

¹⁷ SILVA, L. R. F., 1996, p. 150.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 3, set./dez. 1992, p. 145.

¹⁹ BRIZ, J. Santos. apud GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. **Contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39.

Na observação de Luiz Diez Picazo, o esquema do contrato em massa e a estandardização as matéria contratual rompem o paradigma do contrato, que tinha em mente a doutrina tradicional. O pressuposto ideológico da igualdade dos contratantes não passa de uma quimera. O contrato não é mais uma regra de conduta, obra de ambas as partes. É algo que uma delas tem de limitar-se a admitir, em virtude de uma situação de necessidade, ou algo que lhe vem previamente imposto.²⁰

Para compensar o desequilíbrio das relações contratuais, principalmente a partir das Grandes Guerras mundiais, o Estado passou a intervir, buscando uma forma de tornar o contrato instrumento de harmonia de interesses, ditando diversas normas, que deram tratamento especial a determinadas categorias para compensar juridicamente a sua frágil posição contratual, proibindo assim a inserção de determinadas cláusulas ou autorizando a inserção de outras. Tal fenômeno ficou conhecido como *dirigismo contratual*²¹, em que a autonomia da vontade das partes cede às exigências do bem comum, limitando a liberdade de contratar.

A nova teoria contratual emerge com o crescimento exacerbado do consumo, com a consolidação do mundo polarizado e o surgimento das grandes potências mundiais, alcançando o capitalismo o seu apogeu. A paridade nas relações de consumo não pode ser mais presumida, passando a requerer uma regulamentação específica. Com a finalidade de assegurar eficácia a atividade contratual se insere o Estado, enquanto titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, passando o contrato a surgir com uma nova concepção, importando além da manifestação da vontade das partes, os efeitos do contrato na sociedade como um todo, em função do interesse social.

A Constituição Federal de 1988 afasta-se dos valores que até então marcavam o direito privado, inserindo valores supremos como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à

²⁰ DIEZ PICAZO, Luiz. apud GARCIA JÚNIOR, 1991b, p. 49.

²¹ Segundo Ary Barbosa Garcia Júnior, “Tal dirigismo por parte do Estado significa, na verdade, a efetivação da política econômica por intermédio do contrato. O dirigismo contratual estatal impõe-se devido à necessidade de segurança e justiça nas relações contratuais.” (Ibid., p. 48). No mesmo sentido, Orlando Gomes, ao prelecionar que o Estado foi abandonando sua conduta abstencionista para se tornar cada dia mais interveniente na economia, repercutindo essa mudança de comportamento na significação e na importância do contrato como seu exclusivo instrumento jurídico. Foi preciso compensar a inferioridade econômica como uma superioridade jurídica, limitando a liberdade de contratar e usando a técnica de determinar imperativamente o conteúdo de certos contratos. (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 72).

propriedade, impondo-lhes limites, de cunho político, social e econômico, o Estado de Direito transforma-se em Estado Social de Direito, no qual pretende fazer a justiça social, passa a intervir, principalmente, no domínio privado em prol do interesse coletivo, seja através da planificação, fiscalização ou controle dos negócios, portanto, interferindo nas relações contratuais, esse controle estatal foi chamado de *publicização do direito privado*. O texto constitucional expressa visivelmente em seu art. 170, no qual fixa as finalidades de Ordem Econômica: valoração do trabalho e livre iniciativa, que devem ser observados, entre outros, os princípios da livre concorrência e o da defesa do consumidor, portanto, estão implícitos os limites do modelo econômico capitalista, tendo em vista a justiça social.

1.2 MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL: CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS E CONTRATO DE ADESÃO

A partir de 1850, a concepção tradicional do contrato começa a ruir. A mudança nos meios de produção fez surgir um novo tipo de sociedade, alicerçada em valores que não condiziam com a dogmática individualista. A Revolução Industrial fez surgir a *sociedade de consumo*, com um sistema de produção massificada e comércio jurídico despessoalizado, já que dirigido a uma clientela diversificada e anônima.²² Aos poucos, os contratos paritários ou individuais²³, em que se discutem preliminarmente todas as cláusulas das convenções, uma por uma, cederam vez a novas técnicas contratuais, capazes de satisfazer as necessidades da nova realidade econômica e social. De fato, dada a intensidade com que as relações contratuais passaram a ser travadas, tornou-se materialmente impossível que as partes elaborassem o contrato caso a caso.

²² Como bem anota LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 2: “se no século XIX as relações de consumo se travavam entre minorias, pois a população rural era preponderante e auto-suficiente, na sociedade do século XX, em especial na segunda metade, estas passaram a se dar em larga escala e marcadas pelo anonimato dos sujeitos.” Igualmente, denota SILVA, A. E. S., 1996, p. 149: “A partir do século XIX, as transformações decorrentes da Revolução Industrial, operaram conseqüência em todos os campos das atividades humanas. Podem ser citadas, por mais expressivas e ligadas ao tema em questão, o crescimento populacional, a migração do campo para a cidade – urbanização; concorrência econômica, luta pela competitividade e melhores condições de produção e distribuição – concentração capitalista.”

²³ Na definição de Fernando Noronha, contratos *paritários* ou de *livre discussão* “são aqueles cujo conteúdo resulta da livre discussão entre os intervenientes. Esta só é possível quando as partes têm igual possibilidade de fazer valer as suas vontades e de salvaguardar os respectivos interesses. Através de concessões recíprocas, elas alcançam um ponto de equilíbrio entre os respectivos direitos e obrigações.” (NORONHA, Fernando. Contratos de consumo padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 88-111, out./dez. 1996, p. 102).

A doutrinadora Cláudia Lima Marques bem sintetiza o panorama que originou a crise na concepção tradicional do contrato:

A evolução, em especial a industrialização, a maior rapidez e multiplicidade de comércio de bens, levou à chamada massificação das relações contratuais, desencadeando uma séria crise na teoria contratual clássica, que não conduzia a resultados aceitáveis frente à realidade da sociedade de consumo. Os métodos de contratação em massa passaram a predominar em quase todas as relações entre empresas e consumidores, exigindo uma mudança das teorias e das normas jurídicas referentes a contratos.²⁴

Diante de tamanha alteração no modo como se pensa e como se dá o contrato, não se concebem mais demoradas tratativas entre as partes, a não ser excepcionalmente. A concepção tradicional do contrato como obra de duas partes, em posição de igualdade, que discutem cláusula por cláusula ainda existe, mas, em número limitado e geralmente nas relações entre particulares e mais raramente entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.²⁵ As exigências geradas pelo novo tráfico mercantil fizeram com que “se abandonassem as técnicas negociais em ofertas e contra-oferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro”.²⁶ A celeridade da contratação pressupõe, para ao atendimento de seus objetivos, um contrato já pronto de forma a se aplicar ao máximo de pessoas possível. No entanto, o fenômeno da contratação em massa não se aplica apenas pela praticidade que propicia ao consumidor. As empresas certamente não adeririam a um sistema que não lhes propiciasse vantagens.

Para a douta Cláudia Lima Marques, a predisposição de cláusulas e o fechamento de contratos de adesão

tornaram-se inerentes à sociedade industrializada, e já são a “maneira normal de concluir contratos” em diversos quadrantes da vida social, notadamente aqueles em que “há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados”.²⁷ Tais foram as alterações desencadeadas nos processos de produção e distribuição de bens e serviços que, em virtude de a

²⁴ MARQUES, 1994, p. 29. Afirma, também, Alberto do Amaral Junior: “As origens dessa crise podem ser localizadas nas causas que determinaram a transformação do capitalismo liberal e que tiveram lugar na última metade do século XIX e primeira metade do século XX. Essas transformações estão associadas tanto às mudanças no sistema de produção que permitiram a passagem da produção artesanal para de produção em série de bens, quanto às crises cíclicas da economia clássica e à integração do Estado no sistema produtivo.” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v. 2., p. 63).

²⁵ MARQUES, 2004, p. 52. MARQUES, 1994, p. 30.

²⁶ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 126;

²⁷ MARQUES, 2004, p. 54

produção em massa exigir também a comercialização em massa, a contratação se viu obrigada a perder estigma de demorada negociação em prol de um caráter mais geral.

No entanto, a necessidade de mitigação dos princípios clássicos foi sentida com certo vagar e resignação por juristas e legisladores, mas hoje é fato inconteste, acolhido pela lei e pela sociedade, especialmente no que tange às relações de consumo. No Brasil, isso se deu, sobretudo, com a edição de normas de ordem pública, como o CDC, que estabeleceu parâmetros interpretativos e reguladores das relações de consumo, entendidas como aquelas ocorridas entre fornecedor e consumidor, tendo este como destinatário final de produtos e serviços. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas a sua importância e força diminuíram, levando à relativização na noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. É o que dizem os artigos 6º, incisos IV e V, e 51, ambos do CDC.

Assim, dentre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela massificação dos contratos determinantes da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contratantes.

Conceito das condições gerais dos contratos. As condições gerais dos contratos surgem impulsionadas por vários fatores interligados, a exemplo da explosão demográfica, do fenômeno da urbanização e da conseqüente demanda de bens e serviços em grande escala, da concentração de capital, do consumo de massa e da impossibilidade de tratamento individual entre o grande fornecedor e o consumidor final, além da consciência jurídica no processo de tutela ao consumidor.

Na definição da douta Cláudia Lima Marques, condições gerais “são aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, expressa ou tacitamente, que cláusulas, pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos”.²⁸ A

²⁸ MARQUES, 2004, p. 66. Na Espanha, a Lei sobre Condições Gerais de Contratação (Ley 7/1998, de 13 de abril), que teve por objetivo a transpor a Diretiva 13/93/CE, do Conselho de 5 de abril de 1995, sobre cláusulas abusivas celebradas com consumidores, define as condições gerais de contratação no art. 1º: “Artículo 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas presdispuestas cuya incorporación al

expressão *condições gerais dos contratos*, pode englobar os próprios contratos de adesão, os contratos com formulários impressos, contratos-modelos e contratos autorizados ou ditados pelo Poder Público²⁹, [...] mas não são sinônimo de contratos de adesão.³⁰

Orlando Gomes prefere o termo *cláusulas uniformes dos contratos*, pois, para ele, cláusula é termo técnico que significa qualquer disposição contratual, e o que distingue estas disposições é a sua uniformidade, e não a sua generalidade. Condição, tecnicamente, no direito brasileiro, é evento futuro e incerto ao qual se subordina o negócio jurídico, de acordo com o art. 121 do Código Civil. Para o autor, a distinção entre contrato de adesão e condições gerais dos contratos é apenas uma questão de tempo e de ângulo em que a questão é focalizada. Considerada como aspecto da formulação das cláusulas por uma só das partes, recebe a denominação de condições gerais dos contratos. [...] Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia, é chamada de contrato de adesão.³¹

As condições gerais possuem vantagens e desvantagens apontadas por vários doutrinadores; entre as primeiras a mais apontada diz respeito a sua simplificação e aceleração dos negócios, além de garantir a uniformidade de tratamento entre as partes contratadas e proporcionar uma redução nos custos. Entre as principais desvantagens está a impossibilidade de negociação prévia, aplicando-se indistintamente o princípio do *pacta sunt servanda* e sua inalterabilidade. “As condições gerais são fruto da fase pós-industrial, da passagem do sistema de economia concorrencial para o sistema predominantemente monopolista ou oligopolista (privado ou estatal) e da massificação das relações sociais”.³²

Nesse contexto é que se insere o fornecedor e consumidor nos contratos de massa. As condições gerais são predispostas prévia e unilateralmente, dando origem à uniformização,

contrato sea impuesta por una de las partes, com independência de la autoría de las mismas, de sua aparência externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas com la finalidad de ser incorporadas a uma pluralidad de contratos”. Disponível em:

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lcgc.htm>. Acesso em 14.05.2010. A lei portuguesa sobre as Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), define as cláusulas gerais contratuais, no art. 1º: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar [...]”. Disponível em: <http://caccdc.org.pt/html/decreto_lei_files/clausulas_contratuais_gerais.pdf>. Acesso em 14 maio 2010.

²⁹ MARQUES, 2004, p. 69.

³⁰ MARQUES, 1994, p. 31.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. atual., e notas Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12.

utilizando-se espaços para serem posteriormente preenchidos com a individualização do contratante destinatário, sendo muito comum seu emprego no mercado. A eficácia jurídica das condições gerais verifica-se, na prática, com sua integração ao contrato individual, anteriormente existe apenas uma eficácia geral, semelhante à eficácia da norma jurídica, consumando-se essa eficácia pela adesão do contratante, ou seja, quando o contrato estiver concluído. Neste, pode haver outras cláusulas negociadas entre as partes contratantes. Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes, mediante normas legais que proíbam normas iníquas, até porque as regras de declaração da vontade e os vícios de consentimento quase não se aplicam.

De qualquer forma, as condições gerais dos contratos devem ser de conhecimento do consumidor, quando não integrantes dos contratos impressos. Trata-se de pura e simples aplicação do artigo 6º, III, do CDC, que estatui o direito básico à informação. Importa também no efeito vinculante da oferta, nos termos do artigo 30 do CDC, segundo o qual todas as informações suficientemente precisas, transmitidas ao consumidor, já integram o contrato. Ainda que o referido diploma legal não tenha normas específicas a respeito, “as condições gerais dos contratos, mesmo que somente afixadas em lugar visível nos estabelecimentos comerciais, vão fazer partes da oferta. Assim, o consumidor, aceitando a oferta, aceita também as suas condições gerais, as quais passam a integrar o contrato de consumo”.³³ Por outras palavras: qualquer estipulação, por qualquer meio, entre fornecedor e consumidor, é tomada como cláusula contratual, para efeitos do CDC.³⁴

Entre os tipos de condições gerais mais comuns encontrados na prática negocial pode-se destacar os contratos de seguro de vida, de emissão e utilização de cartão de crédito, nos de bilhetes de passagem aérea, em contratos para aquisição de casa própria, nas apólices de seguros de automóveis e em contratos relativos a linhas telefônicas.

Conceito do contrato de adesão.³⁵ O contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas

³³ MARQUES, 2004, p. 642.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 475.

³⁵ “Essa nova formulación jurídica “la estructura contratual por adhesión” se enmarca dentro de una situación económica distinta, con un nuevo sistema de producción y distribución de bienes y servicios; y; dentro de una nueva estructura de consumo que es uno de los fenómenos resultantes de la Revolución Industrial.”

formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.³⁶

Na definição da douta Cláudia Lima Marques, contrato de adesão

é aquele cujas cláusulas estão pré-estabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne variatur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato. [...] Oferecido ao público em modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, objeto e do preço. [...] Limita-se o consumidor a aceitar as cláusulas.³⁷

Portanto, os contratos de adesão, em termos específicos, se denotam pela oposição à idéia de paridade, pois não há possibilidade de qualquer embate entre as partes para a formulação das cláusulas, sendo que um dos contratantes se limita a aceitar³⁸ o que já foi predeterminado a tal ponto que, na maioria das vezes, o consumidor sequer lê o instrumento contratual ao qual vai aderir.³⁹ A manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a

(LOVECE, Graciela. El consentimiento informado y su relación con las cláusulas abusivas; El contrato de tiempo compartido. In: CLÁUSULAS abusivas 2: nulidad e ineficacia. Buenos Aires: Editorial Juris, 2000, p. 15).

³⁶ Na definição de Carlos Ferreira de Almeida, “os contratos de adesão, contratos-tipos ou contratos pré-redigidos são designações atribuídas aos atos jurídicos, cujas cláusulas (na totalidade ou nos seus elementos mais importantes) são impostos por uma das partes à outra, conforme um modelo genericamente aplicável.” (ALMEIDA, 1982, p. 95).

³⁷ MARQUES, 2004, p. 58.

“Los contratos de adhesión suponen una restricción de la libertad contractual, ya que una de las partes, la que se encuentra en una situación de dominio ou poder; -ya sea por razones culturales, económicas o de organización -; predispone las condiciones del acuerdo sin que la otra pueda discutir las.” (LOVECE, Graciela. op. cit., p. 19).

³⁸ Afirma Orlando Gomes que “no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra parte, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus sentidos. O consentimento manifesta-se por simples adesão a conteúdo pré-estabelecido da relação jurídica.” (GOMES, 2001, p. 109). Nesse sentido, afirma Fernando Noronha, Contratos de consumo, padronizados e de adesão, que: “Em rigor, de adesão é somente o contrato em que o poder de uma das partes é de tal ordem que a contraparte não tem condições de discutir os termos em que lhe seja proposto, ficando-lhe apenas a opção entre ‘pegar ou lagar’: ou celebra o contrato, nas condições propostas, ou fica sem contratar. Na vida real, isto significa que se o interessado tiver necessidade de contratar, fica sem nenhuma alternativa – ou resta-lhe apenas aquela de ou aceitar as condições que lhe são propostas, ou procurar ou procurar outra empresa (outra companhia de seguros, outro banco, etc.), onde provavelmente encontrará cláusulas gerais mais ou menos idênticas.” (NORONHA, 1996, p. 102). Assim, a liberdade de contratação, que conforme Larenz, compreende a faculdade do indivíduo de decidir livremente se vai contratar e com quem vai fazê-lo, se faz presente no contrato de adesão, inexistindo todavia a liberdade de configuração interna, ou seja, a possibilidade de ambos os contratantes estabelecerem o conteúdo do contrato. (LARENZ, Karl. apud FERNANDES NETO, Guilherme. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 60).

³⁹ “Não incomum que o aderente não leia o texto que lhe proposto; se o tiver lido, nem por isso te-lo-á entendido, e, geralmente, o tempo reservado para essa leitura é diminuto e incompatível com o entendimento real. Ademais, o texto pode não ser claro, como, ainda, o tipo gráfico em que o mesmo tenha sido vazado, pode não ser o mesmo legível, como se tem observado, o que não enseja verdadeira possibilidade de compreensão e conhecimento, pois sequer condições materiais de cognição ou apreensão do texto existiam”.(

declaração de vontade, e se consubstancia no seu consentimento; *ipso facto*, com a adesão nasce a relação contratual, que será regida pelas cláusulas predispostas, que serão o seu conteúdo normativo. Por isso, deve existir um “dever de transparência”, nas relações de consumo. Os textos longos, impressos em letras pequenas, de difícil leitura, impressos no verso de documentos não satisfazem a exigência de maior transparência do CDC (arts. 4º, caput e 36). Assim, o consumidor deve ser informado, deve ter a oportunidade de tomar o conhecimento do conteúdo do contrato. Deve ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão pelo homem comum.⁴⁰ “No contrato de adesão, entende-se que não pode este ser impresso em letras microscópicas, muito menos ter uma redação confusa, pois compreenderia uma dificuldade expressa da parte contratante, que não teria ânimo e muito menos facilidade de lê-lo e interpretá-lo”.⁴¹

O CDC define o contrato de adesão no artigo 54, *in verbis*: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. As cláusulas gerais desse contrato são uniformes, predeterminadas pelo Poder Público ou pelo fornecedor e aplicáveis a qualquer interessado em adquirir o produto ou serviço por estes ofertados. Não são, portanto, passíveis de negociação entre as partes contratantes, cabendo ao consumidor meramente aceitá-las integralmente, se desejar concluir o processo de contratação. Ademais, o fato de se acrescentar uma ou outra cláusula escrita, no instrumento desse contrato, a respeito de seus elementos *essenciais* ou *acidentais*, não descaracteriza a sua natureza de adesão. É o que dispõe o § 1º do artigo 54 do CDC.

É um instrumento fundamental da nova economia de mercado, necessário para a maioria das relações de consumo, uma vez que fornecedores e consumidores não dispõem de

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. 32. Por isto é que o legislador procurou criar um ambiente ou condições objetivas para que essa ausência de atenção seja minimizada. O art. 46 do CDC dispõe que “Os contratos que não regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. O art. 54, § 3º reitera esse mandamento, e acentua que os textos de tais contratos sejam redigidos em “termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor”. Ainda, o § 4º, do art. 54, dispõe que “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

⁴⁰ MARQUES, 2004, p. 63.

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. São Paulo: Aide, 1998, v. 3, p. 1350.

tempo suficiente para discutir as cláusulas contratuais que envolvem suas inúmeras atividades no dia-a-dia, possuindo o fornecedor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores.⁴² Por outro lado, esse tipo de contrato serve principalmente ao interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura, por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e às vezes implícita, resguardar preferentemente os seus interesses, eliminar todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de sua responsabilidade, estabelecer ao outro prazos exíguos para a prática de atos, a manifestação de vontades ou o exercício de direitos; nada prevê contra si, mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas pelo mínimo descumprimento por parte do aceitante. O surgimento do contrato de adesão “[...] muitas vezes acabam trazendo no seu bojo uma afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade, da tutela da confiança e do equilíbrio contratual”.⁴³

Alguns autores, entre ele, Orlando Gomes, denotam o monopólio de uma determinada atividade como elemento definidor dos contratos de adesão, que assim preceitua: “O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido”.⁴⁴ Os contratos de adesão servem de bom exemplo para evidenciar a superioridade de uma das partes sobre a outra, superioridade intelectual, econômica, social e jurídica.

⁴² SCHMITT, Cristiano Heineck. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 161-181, jan./mar. 2000, p. 162. Segundo afirma Gabriel A. Stiglitz, “Essa técnica de contrato, por adesão, sob condições gerais, preestabelecidas pelo fornecedor, é, nos dias atuais, inevitável, mercê da dinâmica do tráfico econômico moderno que impede a elaboração de contratos individuais e discutidos com cada um dos clientes. Um critério elementar de racionalização e organização empresarial (em si irrepreensível, pois visa ao progresso global), que conduz, contudo, à imposição de contratos uniformes, contratos-tipo, instrumentados em formulários, impressos, etc.” (STIGLITZ, Gabriel A. O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n.1, p. 184-199, 1994, p. 187).

⁴³ *Ibid.*, p. 162.

⁴⁴ GOMES, 2001, p. 110.

Nesse sentido, também, ALVIM, 1996, p. 32: “A adesão do consumidor, ademais, é uma decorrência inevitável de sua própria condição e contingência de ser um consumidor, sabido é que, na civilização contemporânea, os bens e produtos, com vistas à satisfação de nossas necessidades, inclusive primárias, decorrem de produção em massa e da imperativa necessidade de adquirir tais bens ou produtos, e, da contratação de serviços”. O argentino Gabriel A. Stiglitz, no mesmo sentido, afirma que “Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predisuestas reflejan uno de los supuestos más claros en que no es posible contratar “como uno quiera”: la voluntad no es libre, ya que a fin de consolidar una posición negocial dominante, el empresario genera al consumidor una situación de sujeción consistente en la necesidad de adherirse o no al acto, pero sin posibilidad de participar en la conformación de su contenido”. (STIGLITZ, Gabriel. **Protección jurídica del consumidor**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 84).

Carlos Ferreira de Almeida, assim, observa: “Os contratos de adesão pressupõem o poder econômico desigual a favor de uma das partes, só assim se compreendendo que a outra (ou outras partes) aceite condições idênticas, sem consideração dos seus interesses concretos. As condições gerais de contratação são, portanto, favoráveis a quem as impõe”.⁴⁵

Graciela Lovece adverte para característica fundamental do contrato de adesão:

Si bien el contrato de adhesión en principio se presenta massificado; ésta no es precisamente la característica distintiva de los mismos; muy por el contrario; ya que en la actualidad nos encontramos frente a la figura del “contrato de adhesión individual” típico de las relaciones profesionales. La connotación fundamental de la estructura de adhesión es la situación de asimetría y desequilibrio existente entre los contratantes desde el inicio de la relación jurídica.⁴⁶

Quanto a esses contratos, deve-se sempre perquirir se o consumidor, ao aderir, conhecia o conteúdo ou a extensão da cláusula que lhe é prejudicial ou mesmo sabendo que era, não teve sua vontade reduzida pela necessidade de contratar. Afinal, como eles têm um sinalagma diferente, o sentido tradicional do *pacta sunt servanda* não mais se mostra adequado à interpretação contratual. A relação contratual moderna não pode ser observada sob a prevalência do aspecto subjetivo, no sentido de buscar a mensagem do participante mais forte (ou a intenção real de prejudicar), haja vista que se está lidando com relações de massa, impessoalizadas e dirigidas a um número imenso de pessoas. As condições contratuais, dentro dessa nova realidade, devem ser estudadas sob o aspecto objetivo, uma vez que os contratos de adesão, por serem utilizados de forma padrão, não envolvem apenas os interesses das partes, mas de toda a coletividade, que está potencialmente exposta a se sujeitar aos mesmos.

Quanto à interpretação dos contratos de adesão, a doutrinadora Cláudia Lima Marques nos ensina que, a regra geral é que se interprete o contrato, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. É que, em se tratando de uma relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, princípio geral da *interpretação pró-consumidor*⁴⁷ (art. 47 do CDC). Esta interpretação está prevista no CC de 2000, no artigo 423, que dispõe expressamente: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar interpretação mais favorável ao

⁴⁵ ALMEIDA, 1982, p. 95.

⁴⁶ LOVECE, 2000, p. 19.

⁴⁷ A expressão é de MARQUES, 2005, p. 874.

aderente”.⁴⁸ A Diretiva 13/93/CEE, referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, consagra a interpretação favorável ao consumidor: “Em caso de dúvida sobre o sentido de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável para o consumidor” (art. 5).⁴⁹

Assim, nas relações de consumo, o contrato deve redigido conforme as normas do CDC, as quais são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), e interrogáveis pela vontade das partes⁵⁰. Esse diploma legal estabelece um patamar de lealdade e de controle em que a boa-fé passa a ser, objetivamente, um pensar não em si mesmo, ou em como poderá transferir riscos profissionais próprios para o outro parceiro, por meio de um contrato, mas sim pensar que o parceiro -, o consumidor tem expectativas legítimas. Ou seja, que a relação que se forma entre o fornecedor e o consumidor não serve somente às vantagens do primeiro, mas também que o outro seja atinja o fim previsto no contrato que resultou de um prévio encontro entre os dois.

⁴⁸ MARQUES, 2002, p. 63. No mesmo sentido, adverte Arruda Alvim: “As regras de hermenêutica de tais contratos preponderam em favor do aderente, compreensivelmente. Se houver dúvida, a inteligência há de ser *contra proferentem*, isto é, contra aquele que elaborou o texto que serviu de base ao contrato, regra essa que, nos contratos clássicos também se aplica, com a função de interpretar-se o contrato, contrariamente, em caso de dúvida, tendo em vista o contratante para quem foi estabelecida uma determinada vantagem. Nos contratos de adesão, as regras particulares prevalecem sobre as gerais, da mesma forma que, sobre as gerais, prevalecem as manuscritas ou datilografadas (em face de um texto impresso)” (ALVIM, 1996, p. 33). Assim, também, a lição do autor argentino Gabriel A. Stiglitz: “El criterio se plasma em reglas jurisprudenciales que establecen la prevalecencia de las estipulaciones particulares (o manuscritas o mecanografiadas) sobre las condiciones generales (o impresas) con las que sean incompatibles, y la interpretación de las cláusulas ambiguas u oscuras a favor del adherente; como asimismo la inoponibilidad de las condiciones generales al consumidor en caso de defecto de legibilidad”. (STIGLITZ, G., 1990, p. 87).

⁴⁹ DIRETIVA 13/93/CEE, de 05 de abril de 1993. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&andoc=1993&nu_doc=13>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁵⁰ Também, na Argentina, o contrato de adesão, um instrumento legal através do qual se comercializam bens e serviços, está sujeito à Lei 24.240 (Lei Argentina de Defesa do Consumidor). (LOVECE, 2000, p. 16).

2 O SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR: DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 A CARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Revolução Industrial, apoiada em invenções técnicas da maior importância, levou à produção em série, à mecanização do processo produtivo e ao aumento considerável do nível de vida, graças, sobretudo, à descida dos custos de produção. A Revolução Comercial, por sua vez, apoiada em novos métodos de venda, na publicidade, no crédito e no recurso a intermediários, desenvolveu consideravelmente o comércio, modernizou-o e permitiu, assim, que ao progresso da técnica se associasse a engenho dos distribuidores, em ordem ao escoamento dos produtos. Uma e outra – a Revolução Industrial e a Revolução Comercial – geraram, pois, a sociedade dita de consumo, uma sociedade de abundância que, por isso mesmo, teve de desenvolver mecanismos destinados a incrementar o consumo de bens que produz.⁵¹ Assistiu-se ao crescimento das empresas, à massificação do consumo e das trocas, à proliferação dos contratos *standart*, ao aparecimento de uma extrema variedade de produtos, de complexidade técnica cada vez maior, à difusão dos serviços, ao incremento da publicidade, ao desenvolvimento das técnicas de *marketing* e dos métodos agressivos de vendas, etc. Tudo isto agravou consideravelmente situações de desequilíbrio, multiplicou situações de risco e diminuiu as defesas, essencialmente, do consumidor.

Diante de um processo histórico, por razões econômicas e pelo fato de o consumidor não possuir conhecimentos técnicos, tornou-se necessário reconhecer a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, com a conseqüente intervenção estatal, levando a vedação das cláusulas que levassem uma das partes a uma situação de desequilíbrio, impondo o princípio da boa-fé objetiva a todos os negócios jurídicos, tornando viável a proibição de cláusulas abusivas nas relações de consumo em nível legal, objeto deste trabalho. “O fato de existirem tais cláusulas abusivas deve-se à massificação das relações de consumo, à inexperiência do consumidor, à necessidade de aquisição de certos bens garantidores da

⁵¹ MONTEIRO, António Pinto. A proteção do consumidor de serviços essenciais. *Ajuris*, Porto Alegre, n. especial, v.1, p. 220-239, mar. 1988, p. 221.

subsistência do indivíduo moderno e de sua família e ao fato de ser o comerciante a parte mais forte no contrato de consumo”.⁵²

Antes de adentrar no assunto, propriamente dita, das cláusulas abusivas, imperiosa a necessidade de fazer breve referência, ainda que, sobre a questão da proteção do consumidor na ordem jurídica pátria. No Brasil, a efetiva proteção do sujeito mais fraco na sociedade de consumo massificado, o consumidor, começa com a CF de 1988, que serve de arcabouço ao posterior sistema legal protetivo daquele (o consumidor) frente ao mais forte, o fornecedor, nas relações de consumo.

Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵³, afirma que

O Direito, em sua perspectiva de acompanhar os fenômenos sociais, aqui recordado o aforismo *ius oritur factum*, há muito tempo protege o consumidor, em suas vestes de comprador, locatário de bens e serviços, passageiro de transporte, segurado, etc., embora sem um tratamento sistematizado.

A esse respeito, o grande jurista, Fábio Konder Comparato⁵⁴, observou, em artigo publicado em 1987:

A idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica. Esta partia, com efeito da noção de necessidade econômica individual, imaginando que ela se exprimisse livremente no mundo das trocas, como imposição da própria natureza, e como elemento formador da demanda global, à qual adaptar-se-ia, *ex post factum*, a oferta global. Nessa concepção, não cabe pois falar em proteção do consumidor, pois entende-se que é este, afinal das contas, quem dita as leis do mercado. Toda discussão cinge-se ao aspecto da capacidade econômica de consumo, ou seja, a aptidão do consumidor a pagar o preço dos bens e serviços de que necessita.

A Constituição Federal de 1988, “na procura ampliar e reforçar os direitos e interesses individuais e coletivos”,⁵⁵ alçou a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII, que, expressamente, determina: “O Estado promoverá a defesa do consumidor.” Igualmente, inclui a defesa do consumidor entre os princípios da ordem

⁵² SCHMITT, 2000, p. 162.

⁵³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do Consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 428.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: AMARAL, Luiz (Coord.). **Defesa do consumidor: textos clássicos**. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987, p. 33-48.

⁵⁵ TEIXEIRA, op. cit. p. 429.

econômica, no artigo 170, inciso V, ao determinar que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios da (...) defesa do consumidor.” A Lei Maior, para dar concretude ao direito fundamental, de defesa do consumidor, determinou, no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que Congresso Nacional elaborasse “código de defesa do consumidor.”

Assim, no cumprimento do mandamento constitucional, o legislador aprovou e o Presidente da República promulgou, no dia 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor.⁵⁶ Esse importante diploma legal, com suas normas de *ordem pública*⁵⁷ e *interesse social* (art. 1º), visa garantir o equilíbrio contratual baseado na boa-fé, equidade e função social do contrato. Cria um sistema de proteção amplo, pondo em destaque o problema das cláusulas abusivas em contratos de adesão, nas relações de consumo.

Antes do CDC, as cláusulas abusivas eram disciplinadas de maneira esparsa no direito positivo pátrio. O Poder Judiciário recorria às regras gerais contidas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil para suprir essa lacuna: decidindo de acordo com a analogia, valendo-se do direito comparado, e, ainda, atendendo aos fins sociais e as exigências do bem comum; utilizava-se, também, do art. 85 do Código Civil de 1916: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Conceito. Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte economicamente mais fraca, o consumidor, na relação contratual de consumo através dos contratos de adesão. No entanto, a disciplina das cláusulas abusivas não se restringe aos contratos de adesão, sendo aplicável a todo e qualquer contrato de consumo, inclusive aqueles

⁵⁶ TEIXEIRA, 2002, p. 430, destaca a origem constitucional do Código, que na França, ao contrário, “resultou de uma simples decisão ministerial” e a opção do constituinte por um Código e não por uma lei que assim “contribuiu para dar coerência e homogeneidade a esse novo ramo do direito, além de fortalecer o tratamento da matéria”, referindo ao Direito do Consumidor.

⁵⁷ Bruno Miragem afirma que “a *ordem pública* indicada ao Código, em primeiro, determina o seu caráter de *lei cogente*, o que se pode observar claramente na hipótese da nulidade das cláusulas abusivas determinada pelo art. 51, ou, antes, quando refere as práticas comerciais abusivas (arts. 39 a 41), o que manifesta a limitação da autonomia das partes, sua liberdade de contratar, aos estritos limites determinantes em lei. [...] A *ordem pública* indicada ao Código, em primeiro, determina o seu caráter de *lei cogente*, o que se pode observar claramente na hipótese da nulidade das cláusulas abusivas determinada pelo art. 51, ou, antes, quando refere as práticas comerciais abusivas (arts. 39 a 41), o que manifesta a limitação da autonomia das partes, sua liberdade de contratar, aos estritos limites determinantes em lei.” (MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 110-132, jul./set. 2002, p. 126-127).

individualmente negociados, uma vez que a superioridade do fornecedor sobre o consumidor pode ocorrer em qualquer contrato.

Na definição de Fernando Noronha

abusivas são cláusulas que, em contratos entre as 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 elas. [...] são cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação.⁵⁸

João Bosco Leopoldino da Fonseca, por sua vez, diz:

[...] uma cláusula contratual poderá ser tida como abusiva quando se constitui um 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.⁵⁹

Para douta Cláudia Lima Marques

A abusividade da cláusula contratual é o descompasso de direitos e obrigações entre os contratantes, direitos e obrigações típicos daquele tipo de contrato, é a unilateralidade excessiva, é o desequilíbrio contrário à essência, ao objetivo contratual, ao interesses básicos presentes naquele tipo de relação, é a autorização da atuação desleal, maliciosa, de má-fé subjetiva, que esta cláusula, se cumprida, irá ocasionar. A abusividade é, assim, potencial, abstrata porque ataca direitos ou impõe obrigações, lesões, que ainda não antecederam. A presença da cláusula abusiva no contrato celebrado ou na relação individual é que a torna atual; é a execução do contrato que vai esclarecer o potencial abusivo da previsão contratual. A cláusula abusiva é uma “bomba-relógio”, pronta para agir, para desequilibrar, para impedir a realização do objetivo do contrato, para lesar o contratante mais fraco. Em outras palavras, a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a descoberta de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do interprete do contrato, do aplicador da lei, face ao reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.⁶⁰

No direito comunitário europeu, a Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, no art. 3.º, 1, assim

⁵⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 3.

⁵⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 156.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 64, p. 34-77, jul. 1995, p. 63.

define a cláusula abusiva: “uma cláusula que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. E, no n.º 2 do mesmo artigo, acrescenta que se concluirá “que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que ela tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão”.⁶¹

Em Cabo Verde, a lei nº 88/V/98, de 31 de dezembro, que aprova o regime jurídico de proteção e defesa dos consumidores, dispõe no art. 13 (direito à proteção dos interesses econômicos), *in verbis*:

O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses econômicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nas preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e prestadores de serviços estão obrigados: a) à clara e precisa, em caracteres facilmente legível, das cláusulas gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) à não inclusão de cláusulas em contratos que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.⁶²

A repressão às cláusulas abusivas, através da proteção contratual, constitui um dos direitos básicos do consumidor⁶³, conforme dispõe o artigo 6º, inciso IV, do CDC. Fundamenta-se também a repressão as cláusulas abusivas no repúdio à situação de desequilíbrio entre as partes disciplinada no artigo 4º, incisos I e III, do CDC, através do reconhecimento da vulnerabilidade⁶⁴ do consumidor no mercado de consumo. As disposições

⁶¹ Vide Diretiva 13/93/CE. Na Espanha, a Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário definiu as cláusulas abusivas no art. 10, que é a mesma da Diretiva 13/93/CE, do Conselho, de 05 de abril de 1993. Ainda, considera abusivas as estipulações da lista (lista negra) anexa à esta Lei.

⁶² Vide BRASIL. Lei nº 88/V/98, de 31 de dezembro. Disponível em: <http://adeco.cv.free.fr/lei_consumidor.htm>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁶³ Na Espanha, a Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário (Lei nº 26/1984, de 19 de julho), também estabelece essa proteção ao consumidor, no seu art. 2º: “Artículo 2.1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: [...] La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.” (ESPAÑA. Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário: Lei nº 26/1984, de 19 de julho. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lgdgu.html>>. Acesso em: 14 maio 2010).

⁶⁴ Afirma a professora Cláudia Lima Marques, que “Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de proteção. [...] Existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. [...] A *vulnerabilidade jurídica* ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. [...] A *vulnerabilidade fática* ou socioeconômica, onde o ponto de concentração

que regulam a matéria, objeto deste trabalho, estão inseridas no Capítulo VI, que trata da Proteção Contratual, subdividindo-se, a Seção I, sobre as Disposições Gerais, a Seção II, sobre as Cláusulas Abusivas e a Seção III, sobre os Contratos de Adesão.

O CDC, no entanto, não definiu o instituto das cláusulas abusivas⁶⁵, enumerando apenas um elenco exemplificativo no seu artigo 51º, o que significa dizer que outras cláusulas podem ser consideradas abusivas. Para isto, o Código institui uma cláusula geral, prevista no artigo 51, inciso IV, por meio do qual possa ser aferida a abusividade das cláusulas contratuais, ao permitir seu controle diante de uma situação concreta insusceptível de ser enquadrada em qualquer uma das hipóteses de cláusulas abusivas previstas na lista do art. 51.

O princípio da boa-fé em tal dispositivo é corolário do princípio da boa-fé previsto no artigo 4º, inciso III, do CDC, que consagra a

harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo entre consumidores e fornecedores.

O artigo 51, inciso IV, do CDC, determina a proibição de cláusulas abusivas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em

é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande porte econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que como ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas, e se submete às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.” (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73-75). Ver também LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem, notas e revisão de tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254-255; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas contratuais nas relações de consumo. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1993, p. 28).

⁶⁵ Também, a Lei Argentina de Defesa do Consumidor (Lei nº 24.240 de 1993), não definiu as cláusulas abusivas. A definição foi dada pelo Decreto 1.798 de 1994, que regulamentou a referida lei, no art. 37: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.” As cláusulas consideradas abusivas têm previsão no art. 37 da *Ley de Defensa del Consumidor*; no Paraguai, estão previstas no art. 28 da *Ley de Defensa del Consumidor de del Usuario* (Lei nº 1.334 de 1998); No Peru, o artigo 1.398 do Código Civil, trata das estipulações inválidas *en los contratos celebrados por adhesión...*; no Uruguai, no art. 31, também, num rol meramente exemplificativo, da *Ley de Relaciones de Consumo* (Lei nº 17.250 de 2000). O art. 30 define a abusividade de uma cláusula, e, também, faz referência à boa-fé; “Artículo 30.- Es abusiva por su contenido o por su forma toda clausula que determine claros e injustificadas desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe.” (A DEFESA do Consumidor no Mercosul e no Perú: uma análise comparativa. 2. ed. rev. e atual. Brasília, 2009, p. 117-133).

desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade”. O § 1º do art. 51, por sua vez, estabelece que se presume exagerada, entre outras, a vantagem que:

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

O cotejo do artigo 51, inciso IV, com o princípio da boa-fé objetiva consagrado no artigo 4º, inciso III, do CDC, permite concluir, como fez Amaral Júnior, “que o núcleo da abusividade das cláusulas contratuais do artigo 51 está na existência de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor”.⁶⁶

O Ministro Ruy Rosado esclarece que, no texto do art. 4º, inciso III, a boa-fé aparece como um princípio orientador da interpretação⁶⁷, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.⁶⁸ O princípio da boa-fé está também mencionado no texto como critério auxiliar para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica, com referencia expressa ao art. 170 da CF. Este último aspecto consiste na vinculação da boa-fé aos princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional.

Isso quer dizer que a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica,

⁶⁶ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 31. No mesmo sentido, é o entendimento de Cláudio Petrini Belmonte: “A cláusula abusiva é caracterizada por proporcionar significativo desequilíbrio nas prestações contratuais, gerando vantagem excessiva em favor do predisponente. É motivada pela circunstância desse contratante ter concentrada em si uma autoridade ou superioridade negocial perante o aderente, o que o estimula a incluir cláusulas que, ao cabo, provocam disparidade entre os direitos e as obrigações que derivam do contrato. É precisamente a desvantagem exagerada que desnatura a relação contratual de equivalência, pois indica inexistência de contrapartida ou de justificável fundamento para o desequilíbrio que proporciona.” (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. 133-155, jul./set., 2002, p. 153).

⁶⁷ Para aplicação da cláusula de boa-fé, ressalta o Ministro, que o juiz parte do princípio de que toda “a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 2., Brasília, 1994. Brasília, 1994a).

⁶⁸ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 28.

compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar.⁶⁹

A regra do art. 51, inciso IV, por sua vez, se dirige especificamente às relações interpartes, atuando como uma cláusula geral do Direito, utilizável sempre que, afora os casos especialmente enumerados na lei, a lealdade e a probidade são determinantes de deveres secundários (acessórios ou anexos) ou impedientes do exercício do direito contrariamente à boa-fé.⁷⁰

O art. 51 do CDC, ao tratar da invalidade das cláusulas concernentes às relações contratuais de consumo, estabeleceu um elenco exemplificativo (e não exaustivo), o que se denota da expressão “entre outras” do *caput*, declarando-as nulas de pleno direito⁷¹: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]” Igualmente, serão reputadas nulas as cláusulas incompatíveis a cláusula geral de boa-fé do (art. 51, IV, CDC) e que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV, do CDC).

⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, 1994a.

⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR., Ruy Rosado. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994b, p. 13-32. O renomado jurista deixa claro de estar-se tratando, não da boa-fé subjetiva, “que é uma qualidade do sujeito, que lhe permite a crença de estar agindo conforme os preceitos legais, e que tem efeitos múltiplos em todos os ramos do Direito (posse de boa-fé; casamento nulo, estando o cônjuge de boa-fé; o adquirente de boa-fé), mas da boa-fé objetiva, que é um princípio geral do Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade. O princípio gera deveres que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença. Além de criar deveres, impõe limites ao exercício dos direitos, a impedir seu uso de modo contrário à recíproca lealdade.” Nas palavras da douta Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva é 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, 2005, p. 207-208). O Código de Defesa do Consumidor é a primeira legislação brasileira a tratar da boa-fé objetiva, tipificando diversas hipóteses de deveres cuja origem está na boa-fé e que encontram no CDC previsão legal específica, dando ensejo a uma sentença fundamentada diretamente na lei. São exemplos enunciados sobre a oferta, no art. 30, sobre o dever de informar, nos arts. 9º, 12, 14, 31 e 52, e sobre os deveres de lealdade e de probidade na publicidade, nos arts. 36 e 37, fatos estes que pode ocorrer antes mesmo da celebração do contrato, mas que estão reguladas no próprio Código. Também, as disposições sobre as práticas abusivas, do art. 39, sobre o comportamento do credor na cobrança de dívidas, do art. 42, sobre a celebração e o conteúdo dos contratos, no que diz respeito com o direito de prévio conhecimento do seu conteúdo, no art. 46, com o direito de desistência, do art. 49 e demais cláusulas abusivas enumeradas nos artigos 51, 52 e 53, que são imposições legais. (AGUIAR JÚNIOR, 1994a).

⁷¹ Para encontrar o significado da expressão nulidade de pleno direito, O Ministro Ruy Rosado nos remete ao regime das nulidades disciplinado no Regulamento 737, de 1850 (artigo 648), onde aparece aquela que a lei formalmente pronunciava em razão manifesta preterição de solenidade, visível pelo próprio instrumento, ou por prova literal, ou que, apesar de não expressa na lei, se subentendia substancial à solenidade do ato, como instrumento feito por oficial incompetente, sem testemunhas ou sem leitura às partes. (AGUIAR JÚNIOR, 1994b, p. 24).

O Código não distinguiu a nulidade da anulabilidade, admitindo apenas a nulidade de pleno direito (absoluta), ao contrário do Código Civil brasileiro de 1916 que distinguiu as invalidades em nulidades e anulabilidade, e mantidas pelo atual Código Civil.

No entanto, o Ministro Ruy Rosado⁷², observa, no seu magistério, que as disposições que cominam a sanção de nulidade, reunidas no CDC, se inserem dentro do instituto geral das nulidades, assim como postos no Código Civil, apenas com as peculiaridades que são próprias as relações de consumo. Entende não haver razão para criar um novo sistema sobre nulidades cada vez que o legislador se defrontar com a necessidade de regulamentar um segmento das relações sociais.

Portanto, a “nulidade de pleno direito” a que se refere o artigo 51 do CDC é a “nulidade” do nosso Código Civil. Como tal, poder declarada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação de preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social (art. 1). [...] Em resumo, creio que o artigo 51 não instituiu um novo sistema de nulidades, diferente do regulado pelo Código Civil, apenas exagerou na terminologia ao referir-se à nulidade de pleno direito, pois tratou de nulidades, *tout court*.

Amaral Júnior aponta o entendimento de que, o legislador ao optar por não fazer a distinção entre nulidade absoluta e anulabilidade procurou ampliar a proteção contratual do consumidor, impedindo que certas cláusulas, que têm conteúdo manifestamente abusivo, viessem a ser apreciadas conforme às circunstâncias do caso concreto. Verificando-se qualquer das hipóteses previstas no art. 51 ocorrerá a nulidade da cláusula contratual abusiva, independentemente da análise do regulamento contratual em seu todo.⁷³

No ato nulo de pleno direito, o vício que o inquina é claramente apontado pelo legislador, de tal sorte que ele é reconhecível de imediato, sendo, pois, *extrínseco* e *aparente*. O juiz não precisa realizar nenhum tipo de investigação probatória para, uma vez constatado, declarar a nulidade do ato. Assim,

se a lei diz que numa determinada circunstância há nulidade de pleno direito, o único papel que o juiz tem a preencher é *pronunciá-la*. O juiz não tem que entrar na *apreciação de provas e circunstâncias*; este trabalho tirou-lhe a lei, declarando o ato

⁷² AGUIAR JÚNIOR, 1994b, p. 27. Ver sobre o tema, também, DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 33–46.

⁷³ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 249.

nulo de pleno direito ao encerrar suas circunstâncias de maneira absoluta em limites e condições inflexíveis.⁷⁴ (grifo nosso)

Por outro lado, fala-se em nulidade dependente de rescisão quando o vício que macula o ato não é descrito na lei com precisão, impedindo o seu pronto reconhecimento, de modo a exigir que juiz realize um exame mais aprofundado para detectá-lo. Nesta hipótese, o vício é *intrínseco* e *oculto*, de tal modo que o ato, embora inválido, é *aparentemente* válido. Como diz Anelise Becker, “até que esse vício seja descoberto, existe ao menos a aparência de validade do ato, que produz efeitos enquanto não vier a ser destruído por um julgamento que, *rescindindo-o*, desconstituindo-o, repõe as partes no mesmo estado em que se encontravam anteriormente”.⁷⁵

O legislador do CDC, ao elencar o rol de cláusulas abusivas no art. 51, à exceção das hipóteses previstas nos incisos IV e XV, descreveu as demais hipóteses com bastante precisão. São disposições fechadas, que não carecem de nenhum preenchimento. Basta ao órgão julgador enquadrar a hipótese *sub iudice* na hipótese legal, num processo de simples subsunção lógica, sem necessidade de recorrer a valores para tal desiderato. De outro modo, as hipóteses de cláusulas abusivas descritas nos incisos IV de XV, são disposições que encerram cláusulas gerais e conceitos indeterminados, carecidos de preenchimento com valorações, a exigir do juiz um processo de apreciação ou investigação de valores metajurídicos e elementos circunstanciais, para a concretização dessas cláusulas gerais e conceitos normativos indeterminados (“boa-fé”, “equidade”, “desvantagem exagerada” e “em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”).

No que respeita à concreção da cláusula geral da boa-fé, o Ministro Ruy Rosado sublinha juiz deverá ter atenção para os valores da comunidade, saber quais as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias e verificar de que modo a parte poderia cumprir com tais expectativas.⁷⁶ A nulidade das cláusulas abusivas pode ser suscitada, judicialmente ou por ato de ofício do juiz (em qualquer tempo ou grau de jurisdição), não apenas através de uma ação individual, como também pelo Ministério Público, associações civis constituídas há mais de um ano ou pela autoridade pública. Oportuno lembrar-se que, o

⁷⁴ BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 123-134, abr./jun. 1995.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 125-126.

⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas abusivas: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, 2000, p. 27.

interesse lesado não pertence individualmente ao aderente, mas a toda comunidade potencialmente atingida, visando o legislador com o cancelamento de tais cláusulas, que o predisponente não mais as utilize, pois no caso de descumprimento, incorre nas sanções previstas, em nível administrativo, penal e civil.

Segundo Nelson Nery Júnior⁷⁷, “a nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou ainda, por ato ex officio do juiz. A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada com cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação”. Constatada a abusividade, impõe-se ao juiz que o decreta, o que independe de provocação das partes, eis que pode realizar de ofício, dado o seu cunho de ordem pública. Ainda mais, que o decreto de nulidade das cláusulas abusivas não é insusceptível de prescrição.⁷⁸ Os efeitos da decisão são *ex tunc*, reconhecendo o magistrado, ao prolatar a sentença, a circunstância fática que enseja a nulidade e que antecede à propositura da ação.⁷⁹

Depreende-se do exposto, que sempre que houver desequilíbrio entre as partes, nos contratos de consumo, o juiz deverá reconhecer e declarar abusivas certas cláusulas, desde que desatenderem ao princípio da boa-fé e a sejam incompatíveis com o sistema de proteção ao consumidor do CDC, lei de ordem pública e interesse social.

2.2 A LISTA DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DO CDC E FORMAS DE CONTROLE

A lista de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 491.

⁷⁸ SILVA, L. R. F., 1996, p. 159.

⁷⁹ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 249.

Para oferecer uma tutela efetiva e real ao consumidor, o CDC não se contenta só em estabelecer transparência e clareza nas contratações, bem como interpretação favorável ao consumidor. Existe preocupação como o conteúdo dos contratos que se reflete na definição do rol de cláusulas abusivas, em quinze incisos, nulas de pelo direito, ou seja, sem qualquer valor jurídico.

Diferentemente da Lei Alemã de 1976 (AGBG), sobre as cláusulas contratuais (hoje incorporada aos §§ 305 a 307 do BGB), na qual são previstas duas, uma de cláusulas sempre consideradas ineficazes (a chamada *lista negra* do § 309 do BGB-Reformado) e outra de cláusulas que podem ser consideradas ineficazes pelo julgador (*lista cinza* do § 308 do BGB-Reformado), além da cláusula geral de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé⁸⁰, o CDC apresenta *lista única*⁸¹ de cláusulas abusivas, que pode ser denominada *lista negra*, pois,

⁸⁰ MARQUES, 2005, p. 910.

⁸¹ A Diretiva 13/93/CE, do Conselho, de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, também apresenta, anexa, lista única de cláusulas abusivas. Só que tal lista, não é uma lista *negra*, mas, sim, uma lista *cinza* (cláusulas relativamente proibidas ou presumidamente abusivas, que dependem de apreciação judicial), conforme se depreende da dicção da norma do art. 3.º, al. 3: “O anexo contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que *podem* ser consideradas abusivas” (grifei). Anexo: “1. Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito: a) excluir ou limitar a responsabilidade legal do profissional em caso de morte de um consumidor ou danos corporais que tenha sofrido em resultado de um ato ou de uma omissão desse profissional; b) excluir ou limitar de forma inadequada os direitos legais do consumidor em relação ao profissional ou a uma outra parte em caso de não execução total ou parcial ou de execução defeituosa pelo profissional de qualquer das obrigações contratuais, incluindo a possibilidade de compensar uma dívida para com o profissional através de qualquer caução existente; c) prever um compromisso vinculativo por parte do consumidor, quando a execução das prestações do profissional está sujeita a uma condição cuja realização depende apenas de sua vontade; d) permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou à execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indenização de montante equivalente se for este a renunciar; e) impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indenização de montante desproporcionalmente elevado; f) autorizar o profissional a rescindir o contrato de forma discricionária sem reconhecer essa faculdade ao consumidor, bem como permitir ao profissional reter os montantes pagos a título de prestações por ele ainda não realizados quando é o próprio profissional que rescinde o contrato; g) autorizar o profissional a pôr termo a um contrato de duração indeterminada sem um pré-aviso razoável, exceto por motivo grave; h) renovar automaticamente um contrato de duração indeterminada na falta de comunicação em contrário por parte do consumidor, quando a data limite fixada para comunicar essa vontade de não renovação do contrato por parte do consumidor for excessivamente distante da data do termo do contrato; i) declarar verificada, de forma irrefragável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato; j) autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo; k) autorizar o profissional a modificar unilateralmente, sem razão válida, algumas das características do produto a entregar ou do serviço a fornecer; l) prever que o preço dos bens seja determinado na data da entrega ou conferir ao vendedor de bens ou ao fornecedor de serviços o direito de aumentar os respectivos preços, sem que em ambos os casos o consumidor disponha, por seu lado, de um direito que lhe permita romper o contrato se o preço final for excessivamente elevado em relação ao preço previsto à data da celebração do contrato; m) facultar ao profissional o direito de decidir se a coisa entregue ou o serviço fornecido está em conformidade com as disposições do contrato ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula do contrato; n) restringir a obrigação, que cabe ao profissional, de respeitar os compromissos assumidos pelos seus mandatários, ou de condicionar os seus compromissos ao cumprimento de uma formalidade específica; o) obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações, mesmo que o profissional não tenha cumprido as suas; p) prever a possibilidade de cessão da posição contratual por parte do profissional, se esse fato for suscetível de originar uma diminuição das

segundo a dicção do art. 51, *caput*, todas as cláusulas constantes de tal catálogo são *nulas de pleno direito*. A relação, que contém quinze hipóteses de cláusulas abusivas, não é taxativa, conforme se deduz do próprio art. 51, *caput*, ao prescrever que “são nulas, de pleno direito, *entre outras*, as cláusulas” que a seguir relaciona, nos incisos I a XVI. O legislador, ao optar por essa enumeração taxativa, abriu a possibilidade para que quaisquer cláusulas sejam consideradas abusivas, sem que a lei tenha fornecido os critérios e parâmetro necessários ao alcance destas outras.

O inciso I, na primeira parte, considera abusivas as cláusulas que *exonerem* ou *atenuem a responsabilidade* do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços. São os vícios de qualidade por insegurança (defeitos), que acarretam danos à pessoa (integridade física e psíquica e saúde) e/ou ao patrimônio do consumidor, disciplinados pelo arts. 12 a 17 do CDC;⁸² e os vícios de qualidade que tornam os produtos e serviços “impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor”, e os que decorrem da “disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária”, regulados pelo art. 18 e ss. do CDC. São, também, os vícios de quantidade do produto, que se verificam quando “seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes da embalagem, da rotulagem ou de mensagem publicitária”, regulados pelo art. 19 e ss. do CDC.⁸³

garantias para o consumidor, sem que este tenha dado o seu acordo; q) suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ônus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte constante. (Vide Diretiva 13/93/CEE,. Em Angola, o art. 16 da Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 15/03 de 22 de julho, reproduz as mesmas cláusulas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor do Brasil, aparecendo inclusive a expressão “nulas de pleno direito.” Também, em Moçambique, a Lei de Defesa do Consumidor, n.º Lei n.º 15/03 de 22 de julho, reproduz no art. 22 a lista das cláusulas abusivas, referindo que são “nulas e de nenhum efeito”.

⁸² Estas disposições dizem respeito à *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço*, ou seja, responsabilidade pelos danos causados ao consumidor ou a terceiros (consumidores por equiparação, *ex art. 17*), em virtude de acidente causado pelo produto ou serviço defeituoso (v. conceitos de defeito do produto e do serviço, respectivamente, nos arts. 12, § 1.º e 14, § 1.º, ambos do CDC).

⁸³ Para um estudo detalhado da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e da responsabilidade por vício do produto e do serviço, ver Antonio Herman de V. Benjamin, Comentários do autor citado aos arts. 12 a 27, (BENJAMIN, Antonio Herman de V. Benjamin. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo, 1991; DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e reparação dos danos, In: CÓDIGO brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro, 2004, p. 163-232, especialmente p. 174-220; LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, 1996; Ver também, BENJAMIN; MARQUES; ROSCOE, 2009, p. 114-141; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 157-271. Assim, o STJ: “Direito civil – Penhor – Danos Morais e materiais – Roubo/furto de jóias empenhadas – Contrato do seguro – Direito do consumidor – Limitação de responsabilidade do fornecedor – Cláusula abusiva – Ausência de indício de fraude por parte da depositante. O contrato de penhor traz embutido o depósito do bem e, por conseguinte, a obrigação acessória do credor pignoratício de devolver esse bem após o

Esse dispositivo contratual tem por desiderato, na grande maioria das vezes, impedir ou dificultar o ressarcimento dos prejuízos que podem ser causados pelo predisponente. Fica limitada a faculdade de renúncia do consumidor ao direito de vir a ser indenizado por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços que lhe forem fornecidos. Assim, o fornecedor não pode ser exonerado de sua responsabilidade, uma vez que a norma que proíbe a cláusula abusiva é de *ordem pública e interesse social*, (insusceptível de ser derogada pela vontade das partes) e de não meros interesses particulares

A disposição do inc. I ainda considera abusivas as cláusulas que “impliquem renúncia ou disposição de direitos”. Identifica-se com a estipulação abusiva prevista no item II, n.º 14⁸⁴, da lista de cláusulas abusivas (lista negra) anexa à Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário espanhola, citada neste trabalho.

A regra fixada na segunda parte do inciso estabelece que a indenização devida em função de responsabilidade do fornecedor por vícios em produtos e serviços, quando o consumidor for *pessoa jurídica*, poderá ser limitada, em situações justificáveis. Essa limitação equivale à atenuação da responsabilidade. É a própria lei que abre a possibilidade, pois, de uma interpretação atenuante para a cláusula que inicialmente imputa nula. Estabelece duas condições para que tal limitação possa ocorrer. A primeira é a de que se trate de *consumidor-pessoa jurídica*; a segunda, é que somente deva ocorrer em situações justificáveis. Seria, então, a única hipótese de nulidade relativa reconhecida pelo Código.

pagamento do mútuo. Nos termos do artigo 51, I, da Lei 8.078/90, são abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que de alguma forma exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do produto ou do serviço, mesmo que o consumidor as tenha pactuado livre e conscientemente. Inexistente o menor indício de alegação de fraude ou abusividade de valores por parte da depositante, reconhece-se o dever de ressarcimento integral pelos prejuízos morais e materiais experimentados pela falha na prestação do serviço. Na hipótese dos autos, em que o credor pignoratício é um banco e o bem ficou depositado em cofre desse mesmo banco, não é possível admitir o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar. Há de se levar em conta a natureza específica da empresa explorada pela instituição financeira, de modo a considerar esse tipo de evento, como um fortuito interno, inerente à própria atividade, incapaz de afastar, portanto, a responsabilidade do depositário. Recurso Especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.ª T. REsp 1133111/PR. Relator: Min. Sidnei Beneti, j. 06 out. 2009).

⁸⁴ Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário (Lei nº 26/1984), art. 10. bis.: “Disposición adicional primera. *Cláusulas abusivas*. II. 14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor”.

As cláusulas abusivas do CDC funcionam como proibições⁸⁵, endereçadas aos fornecedores de produtos e serviços. Tanto é que o art. 25 do CDC, em reforço à norma do inc. I do art. 51, estabelece expressamente que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.”, ou seja, nas seções que tratam da “proteção à saúde e segurança” do consumidor (seção I), da “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” (seção II) e da “responsabilidade por vício do produto e do serviço” (seção III).

A norma em análise se assemelha as constantes das alíneas *a*) e *b*) do art. 18 da Lei de Cláusulas Contratuais Gerais portuguesa (Decreto-Lei nº 446/85)⁸⁶, que proíbem, de forma absoluta, as cláusulas que excluam ou limitem: a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, bem como a responsabilidade por danos patrimoniais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros. Tais normas são mais abrangentes, por alcançarem, também, relações jurídicas entre empresários, nela se enquadrando a exoneração ou atenuação de responsabilidade a que se refere o inc. I do art. 51 do CDC, típica das relações de consumo.

O inciso II considera abusivas as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos no CDC. Um desses casos está previsto no inciso II, do art. 35 que dispõe: “rescindir o contrato, como direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perda e danos; o parágrafo único do art. 49 do CDC a saber: “Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos de imediato, monetariamente atualizados” (grifei). O *caput* desta norma diz

⁸⁵ Também, podemos deduzir tal afirmação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais portuguesa (Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro), que não chama as cláusulas abusivas, mas, sim, *cláusulas proibidas* (arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º). “Art. 18º (Cláusulas absolutamente proibidas) São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: [...]; Art. 19º (Cláusulas relativamente proibidas) São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: [...]; Artigo 21.º (Cláusulas absolutamente proibidas) São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: Artigo 22.º (Cláusulas relativamente proibidas) 1 – São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: [...], 2 – O disposto na alínea *c*) do número anterior não determina a proibição de cláusulas contratuais gerais que: [...]. Vide Texto PORTUGAL. **Lei de Cláusulas contratuais gerais:** Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. Disponível em: <http://caccdc.org.pt/html/decreto_lei_files/clausulas_contratuais_gerais.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2010.

⁸⁶ “Artigo 18º (Cláusulas absolutamente proibidas) São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: *a*) Excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas; *b*) Excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros”.

respeito ao direito de o consumidor desistir do contrato que celebrou com o fornecedor fora de seu estabelecimento comercial (por telefone, por *telemarketing*, pela Internet, em seu domicílio, etc.), desde que o faça no prazo de sete dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto.⁸⁷

Outro caso é o estabelecido na norma do § 2º do art. 52, a saber: “É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos; e ainda o art. 53 do CDC, a saber: “Nos contratos de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”. No entanto, essa norma se baste por si só, pois apresenta uma hipótese de cláusula nula, de pleno direito, além das previstas no art. 51.

A norma do art. 53, e o inciso II do art. 51, proíbem o pacto comissório no sentido de não facultar ao fornecedor, no caso de inadimplemento do consumidor, a perda total das prestações pagas, o que configuraria uma vantagem exagerada em detrimento do consumidor, fundando-se no caráter abusivo da estipulação e no enriquecimento sem causa do fornecedor.⁸⁸ O consumidor não pode abrir mão do seu direito de reembolso das parcelas já pagas, em caso de rescisão. Ademais, tem ele direito à correção monetária dessas parcelas, por ser esta medida apenas instrumento de atualização da moeda.

⁸⁷ Na Europa existe a Diretiva 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção do consumidor no caso de contratos negociados fora de estabelecimento comerciais. Há, ainda, a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997 (alterada pela Diretiva 2002/65/CE, de 23 de setembro de 2002), relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratação à distância.

⁸⁸ Assim, o TJRS: “Apelação cível – Ação ordinária de rescisão de contrato de promessa de compra de imóvel – Restituição de parcelas pagas – Multa contratual – Perdimento da totalidade dos valores pagos – Invalidez. Nos termos do art. 53 do CDC, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento. Dessa forma, havendo a rescisão por culpa dos promitentes-compradores, estes fazem jus à devolução dos valores pagos descontados os valores a título de corretagem e a título de cláusula penal sobre o valor efetivamente pago. Multa – Cláusula Penal. A fixação da cláusula penal em 10% mostra-se plausível sem configurar enriquecimento sem causa da promitente-vendedora, pois com a revenda do imóvel, certamente a incorporadora não sofrerá maiores prejuízos. Devolução parcelada dos valores pagos – Impossibilidade. A devolução parcelada dos valores pagos demonstra-se abusiva e ilegal, ofendendo os princípios atinentes à legislação consumerista. Ademais, esse valor alcançado pela promitente compradora já se integrou ao patrimônio da empresa responsável pelo empreendimento, tendo sido investido e gerado lucro, nada justificando que a devolução ocorra de forma parcelada. Deram parcial provimento. Unânime (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18.ª Câmara Cív. Ap.Cív 70011110301. Relator: Des. Mario Rocha Lopes Filho. j. 28 abr. 2008).

A prática tem demonstrado ser comum a existência da cláusula que exonera o fornecedor de reembolsar as quantias pagas pelos consumidores num sem-número de contratos. Mesmo que a situação concreta em que não há esse reembolso não esteja previstas em norma do CDC, a cláusula poderá ser considerada abusiva, se estiver “em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (art. 51, XV) e com os próprios ditames da boa-fé e da equidade, ou acarretar desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, IV). Todavia, nesses casos, haverá necessidade de apreciação judicial, em que se procurará concretizar os conceitos indeterminados constantes das normas antes referidas.⁸⁹ O inciso proíbe cláusulas que retirem do consumidor a opção de reembolso de quantias pagas indevidamente criada pelo parágrafo único do art. 42.

O inciso III do art. 51, reputa abusivas “as cláusulas que transfiram responsabilidades a terceiros”, evidentemente sem a concordância do consumidor, já que este simplesmente aderiu às condições gerais em que se encontra esse tipo de cláusula. O que se pretende evitar com esta proibição é que o terceiro deixe de indenizar o consumidor, por não haver nenhuma relação jurídica entre eles, situação que obrigará o consumidor a demandar contra o fornecedor com quem contratou. Busca-se, assim, prevenir dano ao consumidor com essa vedação.

Este dispositivo está em consonância com o disposto no art. 18 do CDC, que dispõe a respeito da *responsabilidade* dos fornecedores por vício do produto e do serviço, razão pela qual o fornecedor não poderá, por cláusula contratual, pretender repassar a terceiros a responsabilidade. Perante o consumidor, assim, mesmo nos casos em que o fornecedor não seja o responsável direto pela manifestação do vício, responderá este último sempre, resguardado, no entanto, o direito de regresso contra o responsável direto.

O inciso IV considera abusivas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Nessa disposição, o legislador, como já mencionado, em outro momento, estabeleceu uma cláusula geral para aferição da abusividade de cláusulas, contrárias à boa-fé ou equidade, não previstas expressamente no elenco do art. 51, além de

⁸⁹ ALVIM, 1996, p. 60, afirma que a norma do inc. II do art. 51 “há de ser conectada a outra, não somente prevista neste Código, como também no próprio sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (interpretação desse inciso com o inciso do XV, desse mesmo art. 51)”.

remeter o juiz ao § 1º do artigo citado, que define vantagem exagerada.⁹⁰ Enquadram nesse inciso, por exemplo, as disposições que autorizam a alteração unilateral de cláusulas contratuais, notadamente em contratos bancários; as que obrigam o aderente a litigar no juízo mais favorável ao predisponente⁹¹; e aquelas que, em contratos de cartões de crédito, obrigam o consumidor-aderente a arcar com eventuais dívidas surgidas entre o momento do furto ou extravio do cartão e a comunicação à administradora, acerca de tal evento, fato que somente poderia ocorrer, caso ficasse configurada a culpa exclusiva da vítima, haja vista a fixação, pelo CDC, da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços pelos danos e riscos sofridos pelo consumidor.

O inciso VI considera abusivas as cláusulas que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”. Esta disposição está em plena sintonia com a norma, de natureza processual, do art. 6.º, inc. VIII, do CDC, que estabelece ser direito básico do consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos*, inclusive com a *inversão do ônus da*

⁹⁰ Sobre este critério, o autor português Jose Oliveira Ascensão afirma que, “aqui intervém uma consideração de segurança, que impede que qualquer desproporção seja relevante para o direito. Com efeito, seria inviável que todo o negócio pudesse ser posto em causa, por invocação dum desequilíbrio no seu conteúdo. A instabilidade social criada seria devastadora, e nenhum sistema judicial poderia suportar a conflituosidade daí resultante. Por isso a lei exige a desvantagem exagerada. É necessário que a desproporção seja manifesta para que a repressão das cláusulas abusivas seja atuada”. (ASCENÇÃO, José Oliveira. **Cláusulas contratuais gerais abusivas e o novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2010. p. 18).

Assim, o STJ: “Civil e processual civil – Plano de saúde – Alteração unilateral do contrato – Internação em hospital não conveniado – CDC – Boa-fé Objetiva. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médica hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª T. REsp 418.572/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. j. 10 mar. 2009).

⁹¹ A cláusula, igualmente, ofende os princípios consagrados no art. 4º, III, do CDC. É nula de pleno direito. Assim, entende o STJ: “Processo civil – Agravo de instrumento – Negativa de provimento – Agravo regimental – Contrato de adesão – Sistema Financeiro de Habitação – Associação de Poupança e Empréstimo – Cláusula de eleição de foro – Prejuízo _a defesa do aderente – nulidade absoluta – aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Desprovimento. Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão, inclusive àqueles submetidos às regras do Sistema Financeiro de Habitação, firmado por Associação de Poupança e Empréstimo, devendo ser reconhecida a nulidade da cláusula de eleição de foro diverso do domicílio do réu, por importar prejuízo à defesa do aderente. Precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção (AgRg Ag nºs 470.031/DF, 465.114/DF e 466.606/DF e REsp 436.815/DF). Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª T. AgRg Ag 497979/DF. Relator: Min. Jorge Scartizzini. j. 05 out. 2004).

prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.⁹² (grifei)

Toda a sistemática do CDC foi estruturada pensando na efetiva proteção da parte vulnerável (a parte mais fraca), o consumidor, nas relações de consumo. Para manter sempre coerente com a sua finalidade, o Código estabeleceu, entre outros, o direito à inversão do ônus da prova a favor do consumidor, para facilitar sua defesa no processo. Por conseguinte, estaria em desacordo com o sistema de proteção do consumidor cláusula contratual que permitisse inversão do ônus da prova em detrimento do consumidor. Tal estipulação contratual equivaleria à verdadeira renúncia a direito reconhecido por norma de *ordem pública e interesse social* (art. 1º, do CDC), inafastável pela vontade das partes.⁹³

A norma do inciso VII do art. 51 considera abusivas as cláusulas que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”.⁹⁴ A preocupação do legislador, ao instituir esta norma, foi, evidentemente, proteger o consumidor contra práticas de arbitragem suscetíveis de prejudicá-lo. A arbitragem compulsória afronta ainda o direito individual previsto no art. 5º,

⁹² Assim, o entendimento jurisprudencial do TJRS, em sintonia com o CDC: “Agravado de instrumento – Negócios jurídicos bancários – Descontos em folha – Antecipação de tutela – Inversão do ônus da prova – Tratando-se de relação contratual ao abrigo do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VIII do CDC), inverte-se o ônus da prova e determina-se que a instituição financeira acoste cópia do contrato. Isso decorre do dever de informação, advindo da boa fé objetiva, maximizado nas relações de consumo. Do desconto em folha. A antecipação da tutela consubstancia-se em técnica fundada em cognição sumária que tem por desiderato redirecionar o ônus do tempo do processo, fazendo-se mister a existência de verossimilhança nas alegações e certo grau de robustez probatória *prima facie*. A manutenção dos descontos junto ao benefício previdenciário da agravante, considerando-se a verossimilhança de suas alegações, é medida que lhe ocasiona sérios prejuízos, pois desprovida mensalmente de parcela dos rendimentos que auferire para a sua sobrevivência. Por sua vez, tal fato não causa maiores prejuízos ao agravado, na medida em que, se ao final for constatada a regularidade da contratação, poderá buscar o recebimento do valor junto à agravante. Agravado de instrumento em decisão monocrática” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 12.ª T. AgrInt. 70036692358. Relator: Des. Judith dos Santos Mottecy. j. 02 jun. 2010).

⁹³ Sobre a proibição, pelo CDC, de cláusulas abusivas, afirma a doutra Cláudia Lima Marques; “A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas; vai impor normas imperativas, que visem proteger o consumidor, reequilibrando o contrato e garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. [...]. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. (MARQUES, 2005, p. 897).

⁹⁴ Na Argentina, a *Ley de Defensa del Consumidor* (Lei nº 24.240 de 1993) estabelece que a autoridade deverão propiciar meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais, a arbitragem. “Artículo 59: TRIBUNALES ARBITRALES: La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la regulamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias”. No Paraguai, o Decreto 21.004/2003, que regulamenta o processo administrativo da lei deve propiciar a criação de tribunais arbitrais. Por outro lado, no art. 28, de sua *Ley de Defensa del Consumidor e del Usuario* (Lei nº 1.334 de 1998), dispõe: “Artículo 28º.-Se consideran abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las clausulas ou espipulaciones que: d) impongan la utilización del arbitraje. (A DEFESA..., 2009, p. 181-188).

XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O inciso impede que se crie cláusula compulsória de sujeição ao juízo arbitral, antes mesmo do surgimento de qualquer lide, vinculando a toda divergência que aparecer entre as partes a aquele juízo.

Com efeito, quando o CDC veio à luz, nem sequer existia, no ordenamento pátrio, lei especial disciplinando a prática de arbitragem extrajudicial. A Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96),⁹⁵ foi editada seis anos após a promulgação do CDC. Ela prescreve, em seu art. 4º, § 1º, que “a cláusula compromissória somente será válida se for estabelecida por escrito no próprio contrato ou em outro documento anexo a que o instrumento se refira”. Ainda, prescreve regra específica sobre a cláusula compromissória nos contratos de adesão, no art. 4º, § 2º, que, assim, dispõe: “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Por essa lei, portanto, é possível a instituição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo, com adesão a condições gerais, desde que o consumidor concordar expressamente, que conduziria a uma bilateralidade na estipulação.

A douta Cláudia Lima Marques, afirma que “tal ficção é injusta, pois cria um falso equilíbrio (*Scheingleichheit*, como afirma a doutrina alemã), uma falsa bilateralidade de chances no contrato, a qual não ocorrerá na prática. A passividade e a vulnerabilidade do consumidor são a regra”.⁹⁶ Logo, poderá ser submetida ao juízo arbitral toda questão que envolva direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, quaisquer direitos que as partes possam transacionar; o que não é admitido é a cláusula que obrigue a arbitragem, ou deixe a critério exclusivo do fornecedor sua determinação, ou ainda, a cláusula prévia da arbitragem a qual dispõe que qualquer litígio decorrente do contrato seja resolvido por juízo arbitral.

⁹⁵ Vide Texto da Lei em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm> Acesso em: 16 jun. 2010.

⁹⁶ MARQUES, 2005, p. 1031-1032. Em seus comentários ao art. 51 do CDC, a autora adverte que “as cláusulas contratuais que impõem a arbitragem no processo criado pela Lei de 1996 devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei”. (MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 704-705).

O inciso VIII do art. 51 enuncia serem abusivas “as cláusulas contratuais que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. As cláusulas deste tipo são conhecidas como *cláusulas de mandato* ou *cláusulas-mandato*. A cláusula de mandato é estipulação pela qual o devedor-consumidor nomeia seu bastante procurador, em caráter irrevogável e irreatável, representante indicado de antemão pelo credor-fornecedor para que, em nome do devedor, emita nota promissória ou aceite letra de câmbio, etc., representativas de seu débito. A cláusula em questão, sem dúvida, é manifestamente contrária aos interesses do mandante, pois este autoriza a mandatária ou representante desta a emitir ou aceitar títulos de crédito representativos de seu débito, os quais, posteriormente – em caso de inadimplência – serão levados a protesto e poderão ser executados, situação que viola o próprio instituto do mandato.⁹⁷

⁹⁷ Assim ensina o STJ: “Processo civil – Recurso especial – Agravo regimental – contato bancário – Nota promissória – Cláusula-mandato – Violação ao art. 51. IV, do CDC – Súmula 60/STJ – Nulidade – Desprovisionamento. É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª T. AgRg REsp 808.603/RS. Relator: Min. Jorge Scratezzini. j. 04 maio 2006). Após vários julgados no mesmo sentido o STJ editou a Súmula nº 60: “É nula a cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”. (BRASIL. Súmula nº 60. DJ 20 out. 1992). Alberto do Amaral Júnior aponta que nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, é possível indicar ao menos quatro modalidades em que se manifesta a cláusula mandato: “a) A cláusula pela qual o mutuário constitui sua bastante procuradora a instituição financeira, a quem confere, de forma irrevogável, poderes para o fim de, caso necessário e a qualquer tempo, emitir promissória relativa à dívida principal e encargos, ou correspondente ao valor de qualquer das parcelas ou débitos em razão do contrato, podendo, inclusive, substabelecer no todo ou em parte; b) A cláusula pela qual o correntista autoriza o banco a debitar em sua conta corrente todos os custos e despesas oriundos da emissão e utilização do cartão de crédito; c) A cláusula pela qual o correntista autoriza o banco a direcionar os recursos disponíveis em sua conta corrente para aplicação no mercado financeiro, a exclusivo critério da instituição financeira, respeitados o valor do saldo médio mínimo exigido em conta e o valor mínimo de aplicação definido pelo banco. Muitas vezes esta cláusula é seguida de outra mediante a qual o correntista dispensa a instituição financeira da remessa dos comprovantes das operações realizadas com base nesta cláusula, os quais poderão ser substituídos por extratos periódicos; d) A cláusula em que o titular de um cartão de crédito outorga à administradora mandato especial para representá-lo junto a toda e qualquer instituição financeira, incluindo nesse mandato os poderes para obter, em nome e por conta do outorgante, financiamento por valor não excedente ao saldo devedor apurado em conta, podendo a administradora para tanto negociar e ajustar prazos, acertar as condições e o custo do financiamento e demais encargos da dívida cobrados pelas instituições financeiras e assinar contratos de abertura de crédito ou instrumento de qualquer natureza necessários para o financiamento”. (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=121>> Acesso em: 14 maio 2010).

As cláusulas abusivas descritas nos incisos IX, X⁹⁸, XI, XII e XIII, do art. 51, são estipulações contratuais que criam *vantagens unilaterais* para o fornecedor de produtos e serviços, por consequência, desequilibram as posições (das partes), uma vez que estabelecem: a opção do fornecedor de concluir ou não contrato, de alterar unilateralmente o preço, a possibilidade de cancelar unilateralmente o contrato e de receber de volta os custos da cobrança da dívida, sempre que iguais direitos não sejam conferidos ao consumidor, e a possibilidade de modificar unilateralmente o conteúdo e a “qualidade” do contrato.⁹⁹

Essas disposições são manifestamente abusivas, pois, além de submeterem o consumidor ao arbítrio do fornecedor que se utiliza de cláusulas gerais, algo vetado não só por esses dispositivos específicos, como também pela própria cláusula geral da boa-fé objetiva e pela disposição, também geral, do inciso XV, pois afrontam o sistema de proteção do consumidor. Igualmente, ao vedar essas cláusulas, o legislador teve como escopo a harmonização dos interesses nas relações de consumos, segundo os princípios do art. 4º, III, e o direito básico de igualdade nas contratações do art. 6º, II, do CDC, tudo isso a favor do equilíbrio contratual.

O inciso XIV afirma serem abusivas as cláusulas que “infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais”. Aqui, a preocupação do Código foi mais além do simples

⁹⁸ Assim, o STJ: “Direito bancário – Contrato de abertura de crédito em conta corrente – Juros remuneratórios. Previsão em contrato sem a fixação do respectivo montante – Abusividade, uma vez que o preenchimento do conteúdo da cláusula é deixado ao arbítrio da instituição financeira (cláusula potestativa pura) – Limitação dos juros à média de mercado (arts. 112 e 113 do CC/02) – Art. 6º da LICC. Questão constitucional - Honorários advocatícios. Ação condenatória. Estabelecimento em valor fixo – Impossibilidade – Necessidade de observância da regra do art. 20, §3º, do CPC. As instituições financeiras não se sujeitam ao limite de 12% para a cobrança de juros remuneratórios, na esteira da jurisprudência consolidada do STJ. Na hipótese de o contrato prever a incidência de juros remuneratórios, porém sem lhe precisar o montante, está correta a decisão que considera nula tal cláusula porque fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não deve ficar adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo a média de mercado nas operações da espécie. Preenchimento do conteúdo da cláusula de acordo com os usos e costumes, e com o princípio da boa fé (arts. 112 e 133 do CC/02). A norma do art. 6º da LICC foi alçada a patamar constitucional, de modo que sua violação não pode ser discutida em sede de recurso especial. Precedentes. Tratando-se de ação condenatória, os honorários advocatícios têm de ser fixados conforme os parâmetros estabelecidos no art. 20, §3º do CPC. Merece reforma, portanto, a decisão que os estabelece em valor fixo. Precedentes. Recursos especiais da autora e do réu conhecidos e parcialmente providos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª S. REsp 715894/PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. j. 24 jun. 2006).

⁹⁹ Sobre a disposição do inc. XIII, que fala em modificação do conteúdo e da “qualidade” do contrato, a doutra Cláudia Lima Marques, observa que o legislador foi infeliz “no uso da terminologia, pois enquanto a modificação do conteúdo do contrato é uma expressa vasta, mas adequada, modificar a ‘qualidade’ de um contrato não é tão fácil. Talvez aqui o legislador queira afirmar, a exemplo do § 308, n. 4, do BGB-Reformado (antigo § 10, n. 4, da lei alemã de 1976), que são nulas as cláusulas que prevêm a modificação do contrato e da qualidade da *prestação contratual*”. (MARQUES, 2005, p. 930).

relacionamento entre as partes, para alcançar o meio ambiente, vedando qualquer estipulação contratual violadora de normas a respeito.

O inciso XV considera serem abusivas, as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”. Aqui, percebe-se a busca de alargamento das demais hipóteses do art. 51, considerando abusiva a cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Mas, como o sistema de proteção do consumidor foi inaugurado pelo CDC, deve-se entender a regra de modo a admitir como abusivas as cláusulas que efetivamente contrariem os dispositivos integradores das normas de proteção ao consumidor, ligando, assim, o dispositivo, por exemplo, aos ditames da Política Nacional de Relações de Consumo, aos direitos básicos do Consumidor, à responsabilidade do fornecedor pelo produto ou serviço, às disposições sobre as *práticas abusivas*, às normas administrativas penais, etc. que leva a questão para o método as interpretação sistemática, de ampla abrangência.

O inciso XVI fulmina de nulidade a cláusulas que “possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. Esta cláusula é freqüentemente encontrada nos contratos de locação de imóveis, pela qual o inquilino abdica de qualquer indenização por benfeitorias necessárias”.¹⁰⁰

Formas de controle das cláusulas abusivas

Pela ótica doutrinária, o preceito da abusividade tem a seguinte contemplação, segundo Alberto do Amaral Júnior:

O controle das cláusulas contratuais abusivas, tal como instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, em absoluto se choca com o princípio da liberdade

¹⁰⁰ Assim, o TJRS: “Apelação cível – Compra e venda – Terreno localizado em loteamento urbano. Resolução de contrato. Descumprimento de obrigação pelo promitente comprador – Retorno das partes ao estado anterior – Abusividade da cláusula contratual que impede o ressarcimento das benfeitorias – Indenização por benfeitorias – Possibilidade – Apuração em sede de liquidação de sentença – Ausência de prejuízo à apelante – Precedentes jurisprudências. No contexto dos autos, cuidando-se de desfazimento de negócio jurídico de compra e venda as partes devem retornar ao *status quo ante*, pelo que sobeja viável a pretensão de não perder tudo o que construiu no local, prescindindo de ação própria, porquanto constituiu consectário do próprio da resolução de contrato. Precedentes jurisprudenciais. É abusiva a cláusula que impede o ressarcimento pelas benfeitorias realizadas no terreno. Não se vislumbra qualquer prejuízo a apelante no tocante a à condenação das benfeitorias, vez que a apuração e avaliação foram remetidas à liquidação de sentença. Assim, o procedimento prevê, inclusive, a realização de prova pericial necessária à apuração do valor da obrigação resultante da sentença liquidanda. Sentença mantida. Provida a apelação” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 20.^a Câ.m.Cív. Ap.Cív. 70035612837. Relator: Des. Glênio José Wasserstein Hekman. j. 26 maio 2010).

contratual, pela simples razão de que este princípio não pode ser invocado pela parte que se encontra em condições de exercer o monopólio de produção das cláusulas contratuais, a ponto de tornar difícil ou mesmo impossível a liberdade contratual do aderente.¹⁰¹

Cabe frisar que o controle das cláusulas contratuais no direito pátrio já encontrava abrigo na doutrina e jurisprudência anteriores ao CDC, como observa Carlos Alberto Bittar, “à luz do princípio da boa-fé e sob cominações próprias a cada situação”.¹⁰² O controle jurisprudencial do conteúdo contratual, justifica Françoise Domon-Naert, já “era reflexo da passagem de um direito cego a um direito mais próximo das realidades, mais justo”.¹⁰³

Neste sentido, Alberto do Amaral Júnior, defende que “a utilização do princípio da boa-fé como instrumento de controle das cláusulas abusivas contratuais inseridas nos contratos para o consumo possibilita, ademais, a compreensão do nexos de causalidade existente entre a boa-fé e o conceito de equilíbrio das posições contratuais, sem o qual não se pode entender a noção de abusividade encontrada no art. 51 do CDC”.¹⁰⁴ O autor alerta que, o julgamento das cláusulas contratuais abusivas segundo o princípio geral de boa-fé consagrado pelo art. 4º, inciso III e art. 51, inciso IV, exigirá por parte do interprete nova postura que, apesar de largamente nos países do *common law*, era bem pouco desenvolvida pelos juízes e tribunais. Saliencia que, deve ser substituído o raciocínio formalista pelo raciocínio teleológico. Nesse sentido, a globalidade das cláusulas contratuais deve ser apreciada de forma finalística, verificando-se se o conteúdo do contrato se adequa aos princípios no art. 4º, do CDC.¹⁰⁵

O questionamento sobre a abusividade de cláusulas contratuais pode ser feito a qualquer tempo por força do art. 1º do CDC. Trata-se de questão de ordem pública e interesse

¹⁰¹ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27.

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de adesão e o sancionamento de cláusulas de cláusulas abusivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 648, out. 1989, p. 19.

¹⁰³ DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulamentação abusivas. Tradução Maria Henriqueta do A. Fonseca Lobo. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 12, out./dez. 1994, p. 23. O autor, ainda observa que quando se tenta avaliar a influência da regulamentação que visa a eliminação das cláusulas abusivas das convenções de consumo, na presente maioria dos direitos modernos, constata-se uma procura de compensação pela perda de autonomia sofrida por uma das partes, denominada consumidor. (Ibid., p. 17)

¹⁰⁴ AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27.

¹⁰⁵ Ibid., p. 33. Nesse sentido, o Ministro Ruy Rosado adverte que “é preciso vencer séria resistência oposta pela nossa formação jurídica, afeita à idéia de que o sistema jurídico é fechado, suficiente em si”, cabendo ao aplicador, tão-somente, o trabalho de verificar a incidência da lei aos fatos. “Esta postura é insuficiente e imprópria para a utilização da cláusula geral, que exige do operador do Direito trabalhar onde inexiste a norma específica determinante da conduta devida, impondo-lhe o dever de passar preliminarmente pela fase de criação da própria norma de dever, ajustada ao caso e de acordo com os princípios e valores que o sistema acolhe e preserva. Só num segundo momento, após definido qual o dever prescrito para as circunstâncias do caso e qual a conduta esperada dos participantes, é que o juiz deverá preocupar-se com o exame da adequação da conduta com a norma assim particularizada.” (AGUIAR JÚNIOR, 1994, p. 13-32).

social, e está intimamente ligada à boa-fé e ao sistema de nulidade adotada pelo CDC que nada depende daqueles previstos no CC brasileiro (nulidades absolutas e relativas). No mister jurisdicional, acrescenta Alcides Tomasetti Junior:

espera-se que o juiz participe na co-autoria da implementação de uma determinada política, e que assegure o melhor dos regramentos concretos para os interesses do consumidor. [...] De órgão administrador da jurisdição espera-se ver o juiz passar à posição de ator na distribuição de 'bem estatal' chamado justiça.¹⁰⁶

A política de defesa do consumidor far-se-á através da ação dos três níveis de governo existentes, e por diversos órgãos (art. 5º, do CDC). As normas de proteção contratual devem ser aplicadas em todos os contratos de consumo, invocando o princípio da boa-fé e da equidade. O controle das cláusulas abusivas “destina-se a concretizar os ditames legais voltados para a harmonia das relações de consumo e para proteção do consumidor”.¹⁰⁷ Para proteger os consumidores o Estado intervém por via administrativa, com a instituição de órgãos próprios estatais; pela legislativa, através de leis específicas de proteção ao consumidor e através dos órgãos jurisdicionais.

Controle administrativo. O controle administrativo é preventivo, quando realizado através dos órgãos da Administração Pública, “mediante o exercício de seu poder de fiscalização e regulamentação”¹⁰⁸, podendo formular as cláusulas gerais ou homologar as que lhes são apresentadas. Apesar de homologadas, as cláusulas abusivas que porventura existam, podem estar sujeitas à apreciação judicial. Esse controle prescinde da iniciativa individual lesada, afetando as decisões o conjunto de indivíduos atingidos pelas cláusulas abusivas. Esse sistema é usado, entre outros países¹⁰⁹, na Suécia, França, Inglaterra e em Israel. Nesses

¹⁰⁶ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1995, p. 31.

¹⁰⁷ SCHMITT, 2008, p. 158.

¹⁰⁸ Ibid., p. 170.

¹⁰⁹ Na Argentina, o exercício do controle administrativo é realizado através da Secretaria de Indústria e Comércio que é a autoridade nacional de aplicação da Lei 24.240 (Lei de Defesa do Consumidor). Os governos provinciais e o Município de Buenos Aires atuarão como autoridades locais de aplicação exercendo o controle e vigilância sobre o cumprimento da lei e suas normas regulamentares. (STIGLITZ, Rubén S. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. **Ajuris**, Porto Alegre, número especial, v.1, mar. 1988, p. 316). A autoridade notificará o fornecedor que tenha incluído cláusulas abusivas (art. 37 da Lei nº 24.240), reputando-as não contratadas e determinado que o fornecedor remova-os e notifique tal circunstância ao consumidor. Em caso de descumprimento, o fornecedor ficará passível das sanções prevista na lei (art. 47 da Lei nº 24.240). Para facilitar o controle, a autoridade de aplicação editou a Resolução SDCyDC 53/2003 e a Resolução SCT 9/2004, nas quais se exemplificaram tipos de cláusulas consideradas abusivas e prevêem-se sanções pela sua inclusão no contrato. A legislação Uruguaia prevê que a autoridade que a autoridade administrativa zele pelo cumprimento das disposições que regulam o exercício abusivo do direito. Tal poder é exercido através do controle preventivo ou de maneira sancionatória, consistente na declaração da abusividade para a imposição

moldes o controle administrativo possui um caráter mais amplo que o controle judiciário, pois, apresenta certeza da decisão, uniformidade de resultados e previne outros danos nos contratos de massa, possuindo sua decisão efeito *erga omnes*.

Caracteriza-se, com algumas variações, consoante Paulo Lôbo

[...] pela aprovação prévia das condições gerais dos contratos através da autoridade administrativa, em caráter abstrato, para que possam produzir efeitos nos contratos individuais. O fornecedor de bens ou de serviços, que pretenda utilizar condições gerais, terá de antes, submetê-las ao juízo de validade da autoridade administrativa, de cuja decisão favorável dependerá sua eficácia.¹¹⁰

Guilherme Fernandes Neto se posiciona contrariamente ao controle administrativo preventivo de todas as cláusulas, antes que se inicia a sua utilização nos contratos de adesão, porque aumentaria ainda mais a intervenção estatal nos contratos; defende um regime que permite aos que possuem legítimo interesse a invocação da tutela jurisdicional, para o controle abstrato de determinadas cláusulas consideradas abusivas, tal com as descritas no CDC.¹¹¹

A legislação brasileira não possui esse controle nos moldes acima descritos, pois foram vetados¹¹² os dispositivos no Projeto original do CDC, impedindo que o Ministério Público efetivasse o controle administrativo abstrato e preventivo. O texto do § 3º do art. 51 assim rezava: “O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral”, e o § 5º do art. 54 dispõe: “Cópia do formulário padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”; o veto, no entanto, não teve nenhum efeito prático, uma vez que o MP utiliza a Lei da Ação Civil Pública, que disciplina o inquérito civil, como instrumento de reunião de provas para a propositura de ações coletivas e para a tomada de termos de compromisso de ajustamento de conduta. “Quando houver cláusula contratual

das sanções administrativas. A declaração de nulidade da cláusula, entretanto, é reservada ao Poder Judiciário. (A DEFESA..., 2009, p. 117-118).

¹¹⁰ LÔBO, 1991, p. 77-78.

¹¹¹ FERNANDES NETO, 1991, p. 89.

¹¹² O veto ao § 3º do art. 51 do CDC teve os seguintes argumentos: “Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da CF, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições do Ministério Público. o controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o constituinte imprimiu a essa instituição (CF, arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto” In: Diário Oficial, suplemento ao n. 176, p. 10, 12.9.90.

abusiva, portanto nula de pleno direito, a lesar interesses difusos ou coletivos do consumidor, investiga-se esta abusividade em sede de inquérito”.¹¹³

Arruda Alvim observa que “o que nos parece é que, nem pelo fato de ter havido esse veto, deixa de ser suscetível de utilização o inquérito civil, menos com vistas a dele fazer nascer uma ‘decisão’ do Ministério Público, o que desconhecera frontalmente o núcleo do veto, mas com vistas à tentativa de um acordo, que, fracassado, poderá levar à propositura de ação, pelo Ministério Público”.¹¹⁴

Veja-se o entendimento de Nelson Nery Júnior: “O controle administrativo dá-se: a) pela instauração do inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85), aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, CDC); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizadas ou controladas”.¹¹⁵ A instauração do inquérito civil serve para futuro ajuizamento de ação civil pública¹¹⁶, podendo nessa oportunidade os interessados chegarem a uma composição extrajudicial.

O controle pode ser abstrato, quando o MP toma conhecimento de uma cláusula abusiva em contrato-padrão, antes mesmo de o aderente assiná-lo, ou concreto, quando um órgão ou interessado provoca a atividade do MP na instauração do inquérito civil para defender os direitos coletivos e individuais homogêneos (arts. 127 e 129, III e IX, da CF; arts. 81, 82, I, 81, parágrafo único, II, 90 e 91, do CDC).

O controle no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizada ou controlada, pode ser exercido por meios de decretos, portarias ou outros atos

¹¹³ TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 6, abr./jul. 1993, p. 163. “O inquérito, além do aspecto intimidativo pedagógico e do ensejo a formação de um compromisso de ajustamento de conduta, possui o poder, através da notificação do relatório final que conclui pela nulidade-abusividade de uma cláusula contratual, de fixar a ciência inequívoca do fornecedor-policitante desta nulidade, questão visceral para a determinação da responsabilidade civil por culpa *in contrahendo*.” p. 164.

¹¹⁴ ALVIM, 1996, p. 49.

¹¹⁵ 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. 455.

¹¹⁶ TOPAN, 1993, p. 164., “A ação civil pública, buscando declaração a declaração judicial da nulidade da cláusula abusiva, constante no formulário-padrão do contrato de adesão, resguardará todos os eventuais consumidores-oblatos, pois, ao contratarem, a dita cláusula já não fará parte integrante de sua obrigação obrigacional. Com isso, aderirão a um contrato regular (note-se, que todos sabemos que a nulidade de pleno direito, como é a que estudamos, *ex vi* do art. 51 do CDC, enseja que ato nulo não produza efeitos e possui abrangência *ex tunc*, mas, *necessariamente terá de ser declarada judicialmente*)”.

administrativos, uma vez que o elenco de cláusulas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 do CDC é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação.¹¹⁷ Tais portarias não têm força de lei, mas, com certeza influirão nas decisões do Poder Judiciário, do MP e dos órgãos de defesa do consumidor, além de inibir o fornecedor de incluí-las nos contratos de adesão.

Controle legislativo. O controle legislativo pode ser formal ou material, o primeiro visando assegurar a plena liberdade das partes, exigindo o conhecimento das mesmas para que o contrato alcance sua eficácia; quanto ao controle material, consiste na interferência do legislador diretamente no conteúdo dos contratos, visando garantir o equilíbrio das partes.

O controle legal de cláusulas contratuais gerais está previsto no CC brasileiro, nos arts. 421 a 426. Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto o controle legislativo não exclui outras formas de controle, realizando-se por meio da “previsão normativa dos limites impostos ao predisponente na fixação das cláusulas contratuais gerais, limites esses estabelecidos em relação aos vários tipos de contrato, mediante atos normativos específicos”.¹¹⁸ No ordenamento jurídico pátrio, onde *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, inciso II, da CF), o controle das cláusulas abusivas compete aos legisladores, reforçado pelo dispositivo que reprime o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, do CF).

Controle judiciário. O controle judiciário segundo o direito positivo, da combinação dos artigos 82 e 83, do CDC, determina que qualquer legitimado possa mover todo e qualquer tipo de ação judicial para a efetiva tutela dos direitos e interesses do consumidor, podendo o controle ser abstrato ou concreto. O primeiro é um controle realizado *a priori*, ou seja, antes que as cláusulas se incorporem aos contratos singulares, possuindo, pois, natureza *preventiva*; enquanto o segundo é um controle *incidental* ou *concreto*, que se verifica *a posteriori*, depois que os contratos foram celebrados, mediante adesão a condições gerais ou cláusulas predispostas em contratos individuais não-negociados.

O controle judicial concreto, neste aspecto, é insuficiente porque a sua decisão vai alcançar um número reduzido de contratantes, não se estendendo os seus benefícios à

¹¹⁷ Vide Portarias ns. 4/98 (quatorze cláusulas), 3/99 (quinze cláusulas), 3/2001 (dezesseis cláusulas) e 5/2002 (cinco cláusulas), da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça.

¹¹⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. apud GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 145.

totalidade dos sujeitos suscetíveis de serem afetados ou que já foram prejudicados pelo uso do predisponte na utilização de condições gerais do contrato, tidas abusivas. Trata-se de uma conduta característica de grandes empresas que não atendam suficientemente aqueles (consumidores) que com elas contratam.

João Bosco Leopoldino Fonseca discorre sobre o assunto:

O controle judicial tradicional, que incide somente sobre o caso submetido a juízo, e, portanto, de alcance restrito ao caso individual, não se presta ao controle efetivo e eficiente, de amplo alcance, como exige um fenômeno de massa como são os contratos de adesão e as cláusulas muitas vezes de caráter abusivo no que lhe são inerentes.¹¹⁹

O CDC adotou no art. 51, § 4º o controle judicial com o objetivo de evitar abusos e injustiças, o qual dispõe, *in verbis*:

É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Arruda Alvim afirma que a solicitação a que se refere o § 4.º do art. 51 “não é vinculativa para o Ministério Público, como, ainda, a doutrina e a *praxis* não têm emprestado maior significação a essa solicitação, como condição de procedibilidade, pois o Ministério Público tem promovido estas ações independentemente dessa solicitação, as quais têm sido admitidas”.¹²⁰ Mas, é uma norma que sem dúvida reforça a legitimidade da instituição, no controle da abusividade de cláusulas nos contratos-padrão.

Aplica-se, além das normas infraconstitucionais que lhe dão legitimidade para promover as ações, por provocação ou de ofício, a norma do art. 129, III, da CF. Esta disposição estabelece, como função institucional do MP, “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, entre estes, evidentemente, estão incluídos os direitos dos consumidores.

¹¹⁹ FONSECA, 1993, p. 199.

¹²⁰ ALVIM, 1996, p. 43.

A princípio, percebe-se que, o MP defenderá direito individual, a pedido de um consumidor, mas não se deve esquecer que no sistema do Código (art. 1º, do CDC) as normas são de interesse social, de ordem pública.

O *Parquet* pode propor ação visando ao controle concreto de cláusula contratual abusiva, mas não pode mover ação para obter indenização individual em favor de um determinado consumidor. Somente estará legitimado, para obter indenização, a mover a *class action* de que tratam os arts. 81, parágrafo único, nº III e 91, do CDC, isto é, ação coletiva para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos. Os interesses e direitos individuais puros, não homogêneos, não podem ser defendidos judicialmente por ação direta do Ministério Público.¹²¹

O controle judicial das cláusulas abusivas pode ser invocado com base no disposto no art. 83, *in verbis*: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Admite-se, portanto, o controle de forma difusa, antes mesmo da celebração do contrato, como por exemplo, de um contrato-padrão, com condições gerais, uma vez que a tutela judicial de interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida individualmente, ou a título coletivo, conforme reza o art. 81, do CDC.

A nulidade da cláusula deve ser requerida, por meio de ação promovida pelo MP; a defesa, a título coletivo, é exercida via ação civil pública¹²², como o meio efetivo para alcançar as finalidades previstas no CDC.

¹²¹ GRINOVER et al., 1999, p. 524.

¹²² Assim, o entendimento jurisprudencial do STJ: “Ação civil pública – Contrato de abertura de crédito – Violação do art. 535 do CPC – Não ocorrência – Contrariedade ao art. 460, do CPC – Embargos declaratórios – Inovação recursal – Vedação – Cláusulas abusivas – Análise – Legitimidade do Ministério Público – CDC – Aplicabilidade às instituições financeiras – Súmula nº 297 do STJ – Divergência jurisprudencial. Na hipótese em que o Tribunal de origem examina e decide, fundamentadamente, as questões suscitadas pela parte, não se configurando, assim, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional que possa nulificar o acórdão recorrido. A finalidade dos embargos declaratórios é sanar omissão, contradição ou obscuridade existente no acórdão embargado, e não inaugurar debate a respeito de matérias não suscitadas nas instâncias ordinárias. A competência para a fixação de honorários advocatícios é privativa do magistrado, constituindo-se em cláusula abusiva a que prevê tal providência por parte das instituições financeiras. “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste” (Súmula n. 60/STJ). Na hipótese de figurar num dos pólos da relação jurídica pessoa hipossuficiente deve prevalecer a regra mais benigna a este, devendo, portanto, ser aplicado o disposto no artigo 94, do CPC. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública tutelando direitos coletivos de correntistas, que na qualidade de consumidores, firmam contrato de abertura de crédito com instituições financeiras e são submetidos a cláusulas abusivas. A jurisprudência desta Corte consolidou seu entendimento no sentido de que é aplicável as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. Súmula n. 297 do STJ. A transcrição das ementas dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial. Recurso especial não-conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª T. REsp 537652/RJ. Relator: Min. João Otávio de Noronha. j. 08 set. 2009).

Possuem legitimidade para ingressarem com as ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos (art. 91 e ss., do CDC), o MP, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano (podendo ser dispensado pelo juiz, este pré-requisito, quando haja manifesto interesse social ou pela relevância do bem jurídico protegido), entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, destinados à defesa dos consumidores (art. 91 e ss., do CDC).

A decisão que declara a cláusula abusiva terá eficácia *erga omnes* (interesses difusos) e *ultra partes* (interesses coletivos), no caso do controle judicial abstrato (art. 103, I, do CDC), ou seja, o que não acontece na declaração de abusividade de cláusula no controle judicial concreto, individual, fazendo coisa julgada, apenas entre as partes, ou seja, afetam somente o demandante e o demandado.

O controle judicial é considerado o mais adequado, apesar da demora do provimento judicial; no entanto, é criticado por estar limitado aos casos concretos, dependente de iniciativa processual do lesado, deixando de serem apreciadas muitas situações pela inércia dos consumidores, quer seja pela ignorância, quer seja pela incredibilidade da vitória diante do predisponente empresário, dotado de meios superiores aos seus. A tendência atual indica o caminho de um sistema mais complexo e integrado, combinando ações preventivas *in abstrato*, através dos órgãos administrativos e pelos tribunais com o controle judicial *in concreto*.

CONCLUSÃO

Na concepção clássica do contrato, temos o predomínio da autonomia da vontade, em que o Estado não intervém nos contratos. É o tempo do *laissez faire*, máxima maior do liberalismo econômico.

O contrato negociado, pelas partes contratantes, com vista à regulação de seus interesses, em razão das grandes transformações econômicas e sociais ocorridas por força das sucessivas Revoluções Industriais e Comerciais, é substituído pelo o contrato de adesão, como instrumento da nova economia de mercado, de grandes empresas, em que uma das partes, economicamente mais forte, predispõe as cláusulas contratuais que serão incorporadas a múltiplos contratos individuais, cujos destinatários, na sua maioria consumidores, limitar-se-ão a aceitar ou aderir, sem nenhuma liberdade de influir no seu conteúdo.

O contrato deixa, assim, de ser fruto da autonomia privada, tal como concebida na época do efetivo exercício da liberdade contratual e, por isso, passa a representar a vontade de apenas uma das partes, que a dita a uma coletividade de pessoas, ou seja, impõe o regulamento de seus contratos a uma grande massa de contratantes, que deixam de exercer a liberdade de conformação do conteúdo do contrato, exercitando apenas a liberdade de decisão, isto é, de contratar ou não contratar.

O novo modelo contratual coincide com o aparecimento e desenvolvimento do Estado social, em que a economia continua sendo de mercado, mas sofre a intervenção do Estado, com o escopo de combater o abuso do poder econômico e, por conseqüência, do poder contratual, em busca de um equilíbrio das prestações ou da equidade contratual.

Para concretizar esse tipo de controle contratual, o Estado passa a editar leis reguladoras das condições gerais dos contratos, com o objetivo de combater as cláusulas abusivas e, desse modo, proteger a parte economicamente mais fraca, que contrata sem negociar as cláusulas dos contratos, ou seja, por simples adesão.

No Brasil, as condições contratuais gerais, nos contratos celebrados com consumidores, são controladas por normas do CDC, mediante a aplicação de uma lista,

exemplificativa, de cláusulas abusivas e da cláusula geral da boa-fé objetiva, previstos no artigo 51 do CDC.

O controle de conteúdo das condições contratuais gerais, no Brasil, é feito principalmente no âmbito judicial, de forma abstrata, mediante a propositura de ações coletivas visando à declaração de nulidade das cláusulas abusivas e a proibição de sua aplicação nos contratos já concluídos e a sua inclusão nos contratos futuros e, de modo concreto, por meio de ações judiciais individuais, propostas pelos aderentes dos contratos concluídos por adesão a condições gerais.

Não há previsão legal específica para o controle administrativo das cláusulas gerais dos contratos, mas, na prática, o MP tem realizado este tipo de controle, no âmbito de inquéritos civis, em que as empresas assumem o compromisso de eliminarem de suas condições gerais as cláusulas abusivas, deixando de aplicá-las nos contratos já celebrados.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 2., Brasília, 1994. Brasília, 1994a.

_____. Aspetos de Código de Defesa do Consumidor. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 52, p. 167-187, jul. 1999.

_____. O poder judiciário e a concretização das cláusulas abusivas: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, 2000.

_____. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994b. p. 13-32.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direitos dos consumidores**. Coimbra; Almedina, 1982.

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos e as cláusulas abusivas. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 5-15, jul./set. 1995.

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. **A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=121>> Acesso em: 14 maio 2010.

_____. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas contratuais nas relações de consumo. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1993.

_____. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 2.

ANDORNO, Luis. La lesion. **Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial**, São Paulo, n. 18, out./dez. 1981.

ASCENÇÃO, José Oliveira. **Cláusulas contratuais gerais abusivas e o novo Código Civil**. Disponível em:
<<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf>>
. Acesso em: 14 maio 2010.

BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 123-134, abr./jun. 1997.

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. 133-155, jul./set. 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de V. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 7-33, abr./jun. 1993.

BRASIL. **Lei nº 88/V/98**, de 31 de dezembro. Disponível em:
<http://adeco.cv.free.fr/lei_consumidor.htm>. Acesso em: 14 jun. 2010.

BULGARELLI, Waldirio. **Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: AMARAL, Luiz (Coord.). **Defesa do consumidor: textos clássicos**. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1987. p. 33-48.

OS CONTRATOS de “shopping Centers” e as cláusulas abusivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 165-176, 1996.

COSTA, Mário Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 33-46.

A DEFESA do Consumidor no Mercosul e no Perú: uma análise comparativa. 2. ed. rev. e atual. Brasília, 2009.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e reparação dos danos, In: CÓDIGO brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro, 2004. p. 163-232.

DIRETIVA 13/93/CEE, de 05 de abril de 1993. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=1993&nu_doc=13>. Acesso em: 14 jun. 2010.

DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulamentação abusivas. Tradução Maria Henriqueta do A. Fonseca Lobo. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 12, out./dez. 1994.

ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. Brasília, 2009.

ESPANHA. **Lei Geral de Defesa do Consumidor e Usuário**: Lei nº 26/1984, de 19 de julho. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lgdcu.html>>. Acesso em: 14 maio 2010.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANTZ, Laura Coradini. A revisão do contrato: a lesão como quebra do sinalagma genético. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, n. 2, p. 47-80, set. 2004.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. Contrato: nova concepção. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 31-53.

_____. Contrato: uma nova concepção. In: GARCIA JÚNIOR, Ary Barbosa. **Contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991a.

_____. **Contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991b.

GHERSI, Carlos A. **Contratos: problemática moderna**. Mendoza: Cuyo, 1993, v. 3: Nulidade contratuales y cláusulas abusivas.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A cláusula da eleição de foro nos contratos por adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p. 116-121, jan./mar. 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. _____. 24. ed. atual., e notas Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 76-97, abr./jun. 1993.

JUNQUEIRA, Antonio de Azevedo. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, p. 78-153, set./dez. 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Contratos no Código do Consumidor: princípios gerais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 135-166, abr./jun. 1993.

_____. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução Bruno Miragem, notas e revisão de tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOVECE, Graciela. El consentimiento informado y su relación con las cláusulas abusivas; El contrato de tiempo compartido. In: **CLÁUSULAS abusivas 2: nulidad e ineficacia**. Buenos Aires: Editorial Juris, 2000. p. 1-35.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor: aspectos práticos, perguntas de respostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MACEDO, Elaine Harzheim. Contrato de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 99-118, 1995.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARINS, James. Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários. **Revista de 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. 34-77, jul. 1995.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 18, p. 53-75, abr./jun. 1996.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p. 71-128, jan./mar. 2003.

_____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 27-35, [1994].

MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 3, set./dez. 1992.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 110-132, jul./set. 2002.

MONTEIRO, António Pinto. A proteção do consumidor de serviços essenciais. **Ajuris**, Porto Alegre, n. especial, v.1, p. 220-239, mar. 1988.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Las cláusulas abusivas em la contratación: informe del derecho argentino). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 44, p. 49-66, out./dez. 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.

_____. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 45-77, set./dez. 1991.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 88-111, out./dez. 1996.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PASQUALOTO, Adalberto. Defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p. 35-60, abr./jun. 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 3.

PORTUGAL. **Lei de Cláusulas contratuais gerais**: Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. Disponível em:
<http://caccdc.org.pt/html/decreto_lei_files/clausulas_contratuais_gerais.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2010.

RIBEIRO, Neves. Acesso dos consumidores à justiça: algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor – propostas de solução. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 5-12, out./dez. 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. São Paulo: Aide, 1998. v. 3.

_____. O Código de Defesa do Consumidor aplicado aos contratos redigidos pelo sistema financeiro da habitação. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 60, mar. 1994.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores.** São Paulo: Atlas, 1995.

SCHMITT, Cristiano Heineck. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 161-181, jan./mar. 2000.

SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996.

SILVA, Luis Renato da. As causas de revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 145-164, 1996.

_____. Causas de revisão judicial dos contratos. **Ajuris**, Porto Alegre, número especial, v. 2, mar. 1998.

STIGLITZ, Gabriel. **Protección jurídica del consumidor.** 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 1990.

STIGLITZ, Rubén S. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. **Ajuris**, Porto Alegre, número especial, v.1, mar. 1988.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do Consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor e no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 2, p. 52-65, 1992.

_____. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1995.

TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 6, abr./jul. 1993.

XAVIER DE SÁ, Jacira. A cláusula de decaimento e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 31, p. 51-62, jul./set. 1999.