

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Luana Rodrigues Umeno

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Luana Rodrigues Umeno

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gelson Amaro de Souza.

Presidente Prudente
2006

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção Grau
de Bacharel em Direito.

Gelson Amaro de Souza

Fernanda Aparecida Rocha Silva de Menezes

Pedro Anderson da Silva

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2006.

Não concordo com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte vosso direito de dize-lo.

Voltaire

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o presente trabalho.

Agradeço ao meu orientador Prof^o Gelson, que se mostrou sempre atencioso e disposto a me auxiliar neste estudo.

Agradeço a banca examinadora, por se disporem a examinar esta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho analisa e discute a inclusão das cláusulas abusivas no contrato de adesão. É certo que os contratos evoluíram ao longo do tempo, posto que estes se prestam a regular as relações negociais e portanto, devem acompanhar a evolução destas para que cumpra a sua função. Os contratos de adesão são instrumentos que possibilitam a contratação em massa, uma vez que um único modelo é utilizado para vários contratantes, o que possibilita maior agilidade nas negociações. A questão primordial é que embora estes contratos tragam benefícios e vantagens, eles por serem elaborados pelos fornecedores tendem a atender às necessidades destes muitas vezes em prejuízo dos direitos do consumidor e também dos princípios contratuais, fato que gera o desequilíbrio contratual e afeta a sociedade. Além disto, os contratos de adesão facilitam a inclusão de cláusulas abusivas, o que representa mais uma afronta ao direito, à sociedade e principalmente para o consumidor, que é a parte frágil desta relação. Há que se considerar que nestes tipos de contratos, a livre manifestação de vontade por parte do aderente é restrita, já que este limita-se tão somente a aceitar as cláusulas previamente elaboradas pelo fornecedor. Dado a toda a problemática trazida pela inserção das cláusulas abusivas nos contratos em geral e especialmente nos contratos de adesão é que o legislador pátrio tem criado mecanismos de proteção para o consumidor com vistas a protegê-lo e a alcançar o equilíbrio necessário para que as relações contratuais se tornem justas. Neste aspecto, importante foi o advento do Código de Defesa do Consumidor, pois este tendo o objetivo de diminuir as desigualdades entre fornecedores e consumidores, declarou serem nulas de pleno direito as cláusulas abusivas. Embora o referido Diploma Legal não tenha trazido o conceito de cláusulas abusivas, ele trouxe um rol exemplificativo destas, cabendo então, ao aplicador da lei a identificação e qualificação destas no caso concreto. Ainda neste ponto, cabe ressaltar o importante trabalho dos Tribunais Pátrios no combate às cláusulas abusivas, tanto nos contratos de adesão como nos demais. Mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência se mostrava contrária à inserção destas e para tanto baseavam-se nos princípios contratuais, especialmente no princípio da boa-fé e da isonomia.

Palavras-chave: Contratos. Contratos de adesão. Cláusulas abusivas. Consumidor. Fornecedor. Igualdade.

ABSTRACT

The present work analyzes and discusses the abusive clauses inclusion in the adhesion contract. It is certain that the contracts developed with the time. Because they regulate the business relations and so, they ought to accompany the evolutions of them in order to realize its function. The adhesion contracts are instruments which allow the mass contraction, since that a single pattern is used to several contractors, what it enables a larger agility in the negotiations. Although these contracts bring benefits and advantages, the primordial matter is that they are elaborated by the vendors and they tend to attend the necessities of them, many times in of consumer rights and also of the contractual principles. This fact generates the contractual unbalance and affects the society. It is important to considerate that in these kinds of contract, the free manifestation of will by the adherent part is restricted, since it limits itself only to accept the clauses previously elaborated by the vendor. According to problem brought by the insert of the abusive clauses in the contracts in general and especially in the adhesion contracts is that the national legislator has been creating protection mechanisms for the consumer in order to protect him and to reach the necessary balance in order to the contractual relations become just. In this aspect, the advent of the Defense Code of the Consumer was important, because it aims the decreasing of the inequalities between vendors and consumers. Moreover, it declared null of full right the abusive clauses. Although the referred Legal Diploma does not brought the abusive clauses concept, it brought a exemplified roll of them. So, the law applicator oughts to identify and to qualify them in the concrete case. Still in this point, it is necessary to stress the important work of the National Courts in the combat to the abusive clauses, as much in the adhesion contract as in the other ones. Even before the advent of the Defense code of the Consumer, the jurisprudence showed opposite to the introducing of them. And, for this, it was based on contractual principles, specially at the beginning of the good-will and of the equality.

Word-key: Contracts. Contracts of adhesion. Abusive clauses. Consumer. Supplier. Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONTRATOS	10
1.1 Conceito	10
1.2 Parte histórica	11
1.3 O direito canônico	12
1.4 Teoria tradicional do contrato	12
1.5 Teoria do direito natural	13
1.6 Teoria de ordem política e a revolução francesa	14
1.7 Teorias econômicas e o liberalismo	15
1.8 Princípios que regem os contratos	15
2 CONTRATOS DE ADESÃO	18
2.1 Linha gerais	18
2.2 Conceito jurídico	18
2.3 Natureza jurídica	21
2.4 Origem	22
2.5 Características	23
2.6 Elementos	23
2.6.1 Elementos essenciais	23
2.6.2 Elementos Acidentais	24
2.7 Vantagens	25
2.8 Desvantagens	26
2.9 Distinção entre contrato de adesão e outros similares	27
2.10 Contrato de adesão à luz do código de defesa do consumidor	29
3 CLÁUSULAS ABUSIVAS	31
3.1 Conceito e características gerais	31
3.2 Modalidades de cláusulas abusivas	33
3.2.1 Cláusula de inversão do ônus probatório	34
3.2.2 Cláusula de não indenizar	35
3.2.3 Cláusula de eleição de foro	36
3.2.4 Cláusula constitutiva de mandatário	38
3.2.5 Cláusula de sanção	39
3.2.6 Cláusula que previamente estabelece o juízo arbitral	39
3.2.7 Cláusula que prevê a possibilidade de rescisão contratual unilateral	41
3.3 Cláusulas abusivas nos contratos nominados e inominados	43
3.4 Proibição e controle das cláusulas abusivas	45

3.4.1 Formas de Controle das Cláusulas Abusivas	45
3.5 Da nulidade absoluta das cláusulas abusivas	47
3.6 Cláusulas identificadas pela jurisprudência	48
3.7 Cláusulas abusivas nos contratos de adesão	49
CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo crítico e analítico da inserção das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, bem como demonstra o trabalho do legislador, da jurisprudência, da doutrina e dos aplicadores da lei no combate a estas.

Para alcançar tal fim, faz-se uma explanação sobre os contratos, ressaltando a evolução sofrida e também a sua função na sociedade, pois estes, como instrumentos de negociação, tiveram em cada época que se adequar às necessidades econômicas e sociais.

Estuda-se as teorias contratuais e também os princípios que regem estes instrumentos.

Após o estudo dos contratos em geral, passa-se a abordar especificamente os contratos de adesão, aqueles que visam a atender à necessidade de agilidade nas negociações, e, por isso diferenciado de outros instrumentos contratuais.

Ainda se explana sobre as vantagens e desvantagens que estes instrumentos podem trazer para as partes contratuais e também para a sociedade. Analisa-se sua origem com o intuito de demonstrar o momento do surgimento e a sua real necessidade.

Destaca-se o papel do Código de Defesa do Consumidor, como meio legal que busca minimizar o desequilíbrio entre as partes contratantes neste instrumento contratual, através de mecanismos de defesa do consumidor.

Por fim, passa-se a debater as cláusulas abusivas, estudando suas características e analisando as suas espécies, inclusive trazendo entendimento jurisprudencial. Dá-se importante destaque para o tratamento que a Lei 8.078/90 e a jurisprudência pátria conferem à matéria e ainda a sua inserção nos contratos de adesão.

1 CONTRATOS

1.1 Conceito

Contrato é um negócio, ou um ato, bilateral no qual as partes expressam suas vontades, concordando em se sujeitar às normas do mesmo, ou seja, é um acordo de vontades.

Pode ser compreendido também como um acordo de vontade com o escopo de resguardar, modificar, adquirir ou extinguir direitos.

Esse ato jurídico pode ser firmado entre duas ou mais pessoas, posto que é o concurso simultâneo de duas vontades que caracteriza o contrato, isto é, uma parte promete e a outra parte aceita. Sem esse concurso de vontades, ficaria apenas caracterizado um ato jurídico, que se consubstancia em um ato humano efetuado dentro de normas jurídicas e é por esse motivo, que os efeitos jurídicos são gerados.

O Código Civil Francês estabeleceu uma diferença entre contrato e convenção, inspirado na concepção de Roberto de Ruggiero (1973) apud Sílvia de Salvo Venosa (2002, p. 364), que ensina:

Convenção seria o acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico, enquanto a expressão contrato ficaria reservada àquelas convenções destinadas exclusivamente a criar obrigações. Mesma orientação segue o direito italiano, contudo, esta diferenciação é tratada apenas no plano teórico.

Porém, tal distinção pouco prosperou em outros sistemas, e no direito brasileiro, as expressões convenção e contrato, são sinônimos.

Assim, no ordenamento pátrio, contrato é um acordo de vontades com objetivos pré-determinados, que podem ou não ser reconhecidos explicitamente no sistema jurídico e, dessa forma, também deverão ser reconhecidos na sociedade.

O contrato, além de produzir efeitos jurídicos entre as partes que o firmaram, deve obedecer a certos limites traçados pela legislação, como o cumprimento de sua função social.

1.2 Parte histórica

As expressões contrato, convenção e pacto eram todas sinônimas no Direito Romano.

Embora hoje possam ser também usados como sinônimas, somente o contrato tem um sentido técnico, pois convenção é um termo genérico, aplicado a todos os atos ou negócios bilaterais, e o pacto ficou para designar as cláusulas acessórias que existem dentro dos contratos ou das convenções, como por exemplo, o pacto de melhor comprador, num contrato de compra e venda.

No Direito Romano primitivo, os atos jurídicos tinham um caráter rigoroso e sacramental. A vontade das partes não era tão importante quanto a forma sob a qual deveria ser firmado um contrato.

Somente o acordo, a convenção, ou o pacto, não era o suficiente para criar uma obrigação juridicamente exigível. Para uma obrigação se tornar válida, fazia-se necessário que as partes cumprissem formalidades, como jurar publicamente. A convenção surgia sob uma solenidade, que acrescida de mais algumas formalidades, constituíam um *contractus*.

Apesar de não haver ainda uma identificação completa entre contrato e convenção, é na época de Justiniano que surge uma unificação destas duas expressões. Também é neste momento em que a vontade das partes começa a superar o formalismo.

Constata-se uma ação para qualquer convenção entre as partes, conhecidos como contratos inominados, isto é, a parte prejudicada num contrato deveria provar que havia cumprido uma prestação, além de provar a existência de um contrato. A vontade ficava de lado, era mais importante o interesse.

As convenções se tornavam obrigatórias desde que se estivessem revestidas das formalidades legais da *stipulatio*. Portanto, houve um aumento das convenções obrigatórias. No fim da codificação o mais importante já era o acordo de vontades, ao invés de tantas formalidades.

A *stipulatio* romana evoluiu devido às práticas medievais, transformando-se em *traditio carta*, o que indica a entrega de um documento, ou seja, uma forma escrita.

Os contratos ganham mais obrigatoriedade com a influência da Igreja e com os estudos romanos que ressurgem na Idade Média.

Devido às práticas mercantis, e junto à necessidade de uma maior agilidade, os contratos foram simplificando a sua forma.

Os pactos e as convenções foram assimilados aos contratos por causa da escola de direito natural.

1.3 O direito canônico

A doutrina da autonomia da vontade foi pautada na idéia do direito canônico. Por derradeiro, o direito canônico contribuiu muito para o conceito clássico que hoje se tem sobre os contratos.

O direito canônico defendia que a promessa já tinha embutida uma força obrigatória e uma validade, sem a necessidade do formalismo e da solenidade exagerados dos romanos.

Diferentemente dos romanos, para este direito, a obrigação jurídica é oriunda do pacto simples, sem maiores formalidades e rigor.

A fórmula *ex nudo pactonascitur*, vem desse direito, pois para seus adeptos a simples palavra dada fazia nascer uma obrigação de caráter jurídico e moral para as partes.

Após essas breves ponderações, resta-se demonstrado o porquê da doutrina compreender que, no direito canônico, o contrato era estabelecido como uma categoria jurídica e um instrumento abstrato.

1.4 Teoria tradicional do contrato

O contrato nasceu da necessidade de organização do convívio social, pois tem a função de movimentar as riquezas dentro da sociedade, dado que é o meio mais utilizado para as práticas comerciais.

O escopo do contrato é atingir o que foi determinado entre as partes, ou seja, uma troca de prestações, direitos e deveres, sendo que deve se demonstrar uma a idéia de um equilíbrio mínimo entre tais prestações e contraprestações.

A desconfiança é inerente da natureza humana. Para acalantar tal sentimento, o contrato é o instrumento mais eficaz, pois traça claramente os objetivos pretendidos pelas partes, e conseqüentemente os riscos que correrão e as sanções que serão impostas em caso de descumprimento.

Os juristas nacionais trabalham com o conceito de contrato baseado no poder de abstração que este possui. Já os alemães enfatizaram essa abstração quando sistematizaram a ciência do direito, no século XIX. É um ato jurídico que vincula as partes, criando, modificando e extinguindo direitos e obrigações para as mesmas.

No século XIX, os contratos surgiam única e exclusivamente da vontade das partes, este era o elemento ensejador. O direito passava pela fase do voluntarismo, a função das leis era proteger a vontade, e assegurar os efeitos pretendidos pelos contratantes. No momento da contratação era assegurada uma pseudo igualdade, autonomia e liberdade, pois não se levava em conta a situação econômica e social das partes. Preocupavam-se tanto com a autonomia da vontade, isto é, colocar no papel a vontade de cada um que acabavam por esquecer que a vontade tinha que ser conivente com outros requisitos, como a própria condição social das partes.

Na concepção clássica, existiam normas norteadoras, regras interpretativas que asseguravam a absoluta autonomia das vontades.

Essas novas idéias liberalistas e voluntárias influenciaram as codificações do direito e repercutiram no pensamento jurídico brasileiro.

Na teoria clássica do contrato, somente a vontade era a geradora das obrigações. O Estado era ausente, garantia apenas as regras básicas que seriam estipuladas pelos contratantes amparados pela livre manifestação de suas vontades. Os contratos eram regidos pelo *pacta sunt servanda*. Nessa época o Estado não tinha o poder de influenciar na vontade das partes.

1.5 Teoria do direito natural

Os dogmas da concepção clássica do direito tiveram sua base no direito natural.

O princípio da autonomia da vontade parte das idéias de Kant, segundo as quais o ser humano é a razão, pois é através de suas ações que o direito se concretiza.

O dogma da liberdade contratual também surge das doutrinas Kantianas, e preceitua que as pessoas apenas se submetem às leis que elas mesmas criam entre si, ou seja, o contrato.

De acordo com o saudoso Orlando Gomes (2001, p. 5):

A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influi na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*). Salienta-se, no particular, a contribuição de Pufendorf, para quem o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é o Direito Natural. Ressalta-se ainda a influência de Pothier na determinação da função do acordo de vontade como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código de Napoleão.

Neste sentido, conclui-se que as obrigações no Direito Natural eram fundadas tão somente no acordo de vontade entre as partes.

Após uma sucinta análise destas noções de direito natural, passa-se a uma explanação acerca das influências da Revolução francesa.

1.6 Teoria de ordem política e a revolução francesa

Com a Revolução Francesa nasce o direito moderno, influenciado pela teoria do contrato social de Rousseau. Para esta teoria, o contrato é a base da sociedade politicamente organizada. Neste ponto se encontra o dogma da vontade livre do homem, uma vez que a autoridade estatal teria o seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito. Da união de vontades surgiria a sociedade.

Pode se perceber também a idéia de renúncia da liberdade individual, pois através do contrato as partes assumem obrigações e encontram uma vontade social.

O próprio Estado retira sua vontade de um contrato, posto que deriva da Lei e, por sua vez, esta decorre do direito. Por derradeiro, contrato se revela um *a priori* do direito. Percebe-se então, que a teoria do contrato social valoriza e confere grande destaque a vontade humana.

A maior realização da Revolução foi o Código Civil Francês de 1804, que, elaborado na era napoleônica, conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época, juntamente com as idéias do Direito Natural Moderno. Esta codificação foi um marco da história do direito, pois influenciou grande parte

dos ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive o brasileiro, inserido como valor supremo a autonomia de vontade, e alterando definitivamente a concepção clássica de contrato.

1.7 Teorias econômicas e o liberalismo

As teorias econômicas do século XVIII pregam a liberdade como panacéia universal, considerando-se necessário a livre movimentação das riquezas da sociedade. Foram criadas para responder ao corporativismo e às limitações impostas pela igreja católica.

Sendo o contrato um instrumento colocado à disposição pelo direito para que a movimentação das riquezas aconteça, faz-se mister a liberdade contratual.

O lema destas idéias era *“Qui dit contractuelle, dit juste”*, que significa “Quem diz contratual, diz justo”, isto porque, na época, acreditava-se que o contrato proporcionava a harmonia social e econômica, trazendo uma equidade natural. Por isso, era garantida e respeitada a liberdade contratual.

Pode se verificar dupla função econômica para o contrato, haja vista que instrumentaliza a livre circulação das riquezas na sociedade, ao mesmo tempo em que indica o valor de mercado de cada objeto.

1.8 Princípios que regem os contratos

Os princípios contratuais são de fundamental importância para se estabelecer equilíbrio nas relações contratuais, bem como para se manter a justiça e a solidez, posto que são fontes do direito. Passa-se a uma análise especificada de cada um deles :

- Princípio da autonomia da vontade: traduz-se na liberdade que as partes têm de contratar, ou seja, de estipular o conteúdo contratual, de criar direitos e obrigações. Trata-se aqui de uma liberdade ampla, na qual há como regra a supremacia da vontade individual. As normas legais são aplicadas de forma supletiva e, sendo assim, o Estado, somente intervém na relação quando houver evidente afronta à igualdade, fato que desequilibra a relação e prejudica uma das partes.

Atualmente, o alcance deste princípio vem sendo restringido pelos ditames sociais. Assim, o dirigismo estatal destrói grande parte da vontade individual, prevalecendo o interesse meta-individual. Vê-se claramente a restrição a este princípio nos contratos de massa, no qual se visa atender um número indeterminado de contratantes sem, contudo, primar pela vontade individual destes.

- Pacta sunt servanda: princípio da força obrigatória dos contratos. Deste princípio decorre o dever de cumprir o que foi livremente estipulado, revelando a segurança jurídica, pois o contrato, assim que concretizado, surge para o mundo jurídico, devendo ser adimplido ainda que coercitivamente, via execução. Regra geral, os contratos são ainda imutáveis, (deve-se cumprir integralmente o pactuado), mas a autoridade judicial, sempre que verificar excessiva onerosidade no acordado, poderá conter o cumprimento deste e alterar o conteúdo a fim de que se restabeleça o equilíbrio contratual. Percebe-se aqui que a autonomia da vontade individual não impera sobre a função social do contrato;

- Princípio da relatividade dos contratos: esse princípio revela que o contrato só obriga aqueles que tomaram parte em sua formação. Assim, o contrato não afeta interesse de terceiros nem tem efeito sobre estes, afinal não foram estes que manifestaram a vontade no pacto;

- Princípio do equilíbrio: tem por base a igualdade substancial, buscando-se manter o equilíbrio nas relações contratuais, de forma que uma das partes não fique prejudicada devido à onerosidade excessiva enquanto outra parte obtenha vantagens. Revela-se em uma forma de proteção às partes hipossuficientes face ao poder negocial e econômico dos contratantes. Tem grande importância principalmente quando em face de contratos consumeristas, nos quais a fragilidade e vulnerabilidade do consumidor se mostram acentuada, bem como nos contratos de massa, haja vista que muitas vezes estes contêm cláusulas abusivas e por isso ferem a igualdade, dentre outros direitos.

- Princípio do contratualismo: reza que não há necessidade de solenidade para a realização do contrato. Por conseguinte, basta o simples acordo de vontades para o nascimento deste. Porém, a legislação pátria aponta algumas ressalvas a este princípio, exigindo formalidades a alguns tipos de contratos, sempre que estiver envolvido o interesse social. Grandes exemplos desse princípio são os contratos verbais, onde não há solenidade propriamente dita. Em

direito do consumidor, a oferta de um produto aceita pelo consumidor gera um contrato ainda que a aquisição não esteja finalizada, posto que não pode o fornecedor após a aceitação querer mudar o preço e as condições por ele anunciadas.

- Princípio da boa-fé objetiva: diz respeito à solidariedade, honestidade, respeito e cooperação que devem existir entre os contratantes, assim deve ser observado desde a elaboração até o término da avença. Esta é a norma contida no artigo 442 do Código Civil, a saber: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.” Deste princípio decorre os deveres anexos ou instrumentais de cuidado, segurança, esclarecimento, informação, prestação de contas, entre outros. Trata-se da exigência de boa-fé, independentemente de um questionamento da intenção dos pactuantes.

- Princípio da função social do contrato: segundo este, o contrato deve atender ao bem comum, de interesse social exercendo proteção e garantia às partes.

Dessa forma ensina Carlos Alberto Goulart Ferreira (1999) apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 131) :

Goulart Ferreira igualmente reconhece a função social atuando primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envolventes de partes substancialmente mais iguais, com o que se garante uma igual dignidade social aos indivíduos.

Assim, todo contrato deve atentar para tais ditames, não se admitido no ordenamento pátrio, conteúdo que afronte o interesse social, por isso se pondera que este princípio possui uma verdadeira função preventiva, já que autoriza o Estado a regular o contrato de forma a prevenir abusos e afronta tanto à sociedade como ao próprio direito.

É cristalino que estes princípios norteiam os contratos, no sentido de conferir harmonia nas relações contratuais e, via de conseqüência, na sociedade como um todo, e, por isso a sua observação é primordial.

2 CONTRATOS DE ADESÃO

2.1 Linha gerais

Considerando a concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria fruto de acordo de duas ou mais vontades, cujas partes se encontram em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, discutindo assim, livremente as cláusulas. São os chamados contratos paritários, em que as partes podem discutir, individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade. Hoje, tais mecanismos são pouco utilizados nas práticas comerciais, pois são inviáveis para a agilidade que se espera.

Na sociedade consumerista predomina o sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, sendo que os métodos de contratação em massa são cada vez mais utilizados entre empresas e consumidores. Neste diapasão, foi criado um instrumento contratual que visa a atender às necessidades deste mercado, qual seja o contrato de adesão.

O contrato de adesão surge como uma forma de proporcionar mais eficácia e agilidade às relações contratuais, em especial às de consumo, uma vez que no mundo globalizado não é viável que todos os contratos sejam paritários.

2.2 Conceito jurídico

Na sociedade de massa atual, devido ao grande volume de negociações e à posição econômica da empresa, bem como pelas suas atividades de produção e distribuição de bens e serviços, há uma especial necessidade de estabelecer uma série de contratos no mercado. Tratam-se de contratos de conteúdo homogêneo, elaborados antecipadamente pela empresa, visando a economia, a racionalização, a praticidade e a segurança. Logo, a sociedade empresarial contratante os oferece ao outro consumidor ou os consumidores, para a simples adesão.

Alguns autores comparam este sistema contratual a um poder paralelo de fazer lei e regulamentos privados, legitimados pela economia e reconhecido pelo direito. O problema nesta comparação é que este instituto contratual dividiria e

desequilibraria a sociedade, pois de um lado ficariam os que detêm a posição de elaboradores da lei privada e, enquanto que, de outro, os que se submetem a ela.

Este fenômeno vem sendo cada vez mais utilizado, posto que dominam quase todos os setores da vida privada, em que há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes. É necessário ressaltar que há uma fase de pré-elaboração unilateral das cláusulas que compõem o contrato.

De modo geral, estes contratos são escritos, feitos em formulários, mas, podem ser orais, cuja aceitação se dá pela conduta social típica.

Os doutrinadores germânicos utilizam a expressão “condições gerais do contrato” para se referir a este modelo contratual. Todavia, esta expressão enfatiza mais a fase pré-contratual.

Já os doutrinadores franceses preferem o termo “contrato de adesão”, que dá destaque ao momento da celebração do contrato, ou seja, o momento em que o consumidor adere ao contrato cujas cláusulas o fornecedor estabeleceu.

Cláudia Lima Marques (1995, p. 42) estabelece diferença entre ambos os termos, que aparentemente possuem conteúdo idêntico:

Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por *escrito*, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, *escritos ou não escritos*, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateralmente e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.

Percebe-se, então, que a doutrinadora supracitada não acredita serem as expressões sinônimas, embora os doutrinadores alemães disponham que a expressão “condições gerais” englobe tanto os contratos com formulários impressos como contratos modelos e ainda contratos ditados ou formulados pelos órgãos públicos.

Inobstante toda essa discussão sobre os significados dos termos acima, é certo que cada vez mais estes instrumentos de contratação em massa vêm sendo utilizados no mercado atual.

Neste contexto o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, traz a definição de contrato de adesão, a saber:

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.

O doutrinador Custódio da Piedade Ubaldino Miranda (2002, p.27) assim conceitua:

Por contrato de adesão poderá assim entender-se como aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o contrato (individual, singular) se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo.

Vê-se, portanto, que os contratos de adesão são aqueles cujas cláusulas são pré-determinadas por um dos contratantes e aceitas pelo outro ou outros, sem, contudo, haver convenção entre as partes, com a finalidade de agilizar as práticas comerciais.

Apesar da praticidade e da economia temporal que apresentam, deve se ter em mente que os mesmos podem representar um grande perigo para o equilíbrio das relações contratuais, bem como para a segurança jurídica, pois muitas vezes os consumidores aderem a este contrato sem conhecerem as cláusulas que foram elaboradas de forma antecipada pelos fornecedores, inobstante à existência de cláusulas abusivas. Por isso, o direito tem se preocupado em regulamentar a utilização deste meio contratual no sentido de preservar os consumidores contra abusos e excessos que podem ser perpetrados por parte dos fornecedores, que já gozam de superioridade em razão dos poderes econômico e técnico.

Não seria justo que os fornecedores, em se caracterizando como detentores da superioridade, pudessem de forma liberal estipular as cláusulas contratuais, sem qualquer mecanismo de proteção à parte aderente. O legislador, ao criar estes mecanismos, considerou tanto a hipossuficiência e a vulnerabilidade da parte aderente como também o fato de a manifestação de vontade deste se resumir a aceitar ou não as cláusulas impostas no contrato.

É importante deixar claro que, em se tratando de contratos consumeristas, há a necessidade da aquisição do produto ou serviço. Portanto, os fornecedores podem utilizar desta necessidade para submeter o consumidor à sua vontade, sem, contudo observar seus direitos.

2.3 Natureza jurídica

Todo contrato de adesão é um negócio jurídico, porém, em razão de suas particularidades, esta espécie de contrato não pode ser interpretada da mesma forma que as avenças tradicionais.

Neste diapasão, a sua natureza é contratual, porque, muito embora haja a formulação de cláusulas por um dos contratantes, é necessário que o outro concorde e passe a aderi-lo para que o negócio jurídico se aperfeiçoe. Em geral, quem estabelece as cláusulas é o fornecedor de produtos ou serviços, o que acarreta a preocupação do direito em estabelecer normas no intuito de amenizar as diferenças entre as partes. Assim, havendo dúvidas quanto às cláusulas contratuais, tais deverão ser interpretadas em favor do consumidor, bem como se houver discrepância entre a cláusula pré-formulada e a cláusula acrescentada posteriormente, esta última prevalece.

A formação desse negócio jurídico se dá pela adesão alternativa de um dos contratantes ao esquema contratual já traçado pelo outro, caracterizando um concurso de vontades restrito.

Deve, todavia, ser ressaltada a existência de divergência no que se reporta à bilateralidade, posto que alguns doutrinadores afirmam não haver a livre manifestação de vontade do aderente, haja vista que a vontade deste fica restrita à vontade do predisponente. Os contratualistas, por sua vez, defendem a existência da manifestação de vontade, ainda que de forma restrita. Esta última é a corrente majoritária no direito brasileiro.

Assim ensina Josimar Santos Rosa (1994, p.45):

Mesmo com a pesada carga que se faz à corrente contratualista, importante é conceber que, na relação travada entre predisponentes e aderentes, a autonomia da vontade também se observa, pois ambos estão sujeitos a um crivo disciplinador concebido pela ordem da aplicabilidade do preceito legal.

Conclui-se, então, que a natureza jurídica dos contratos de adesão é contratual, pois há um acordo de vontades, ainda que a vontade de uma das partes se restrinja ao aceite.

2.4 Origem

Os contratos de adesão, tal qual já foram dispostos, surgiram para atender a necessidade da sociedade e do mercado. Neste aspecto, há que ser destacada a influência da Revolução Industrial, uma vez que este evento histórico ocasionou mudanças e avanços, principalmente no mercado de consumo, inclusive com o surgimento da produção industrial em escala, com a conferência de uma posição de destaque do mercado consumidor na sociedade, iniciando-se uma busca incessante pelo lucro.

Em decorrência do aumento do mercado de consumo e de bens, as relações jurídicas aumentaram e houve a necessidade de o direito criar um instituto para promover a adequação à realidade. Daí o surgimento do contrato de adesão, como um instrumento que possibilitasse a celeridade negocial, atendendo um grande número de consumidores.

Nesta época imperava o liberalismo econômico, e portanto, não haviam negociações e até mesmo as cláusulas abusivas eram aceitas, posto que o Estado praticamente não intervinha nessas relações.

Todo este liberalismo ocasionou um grande e grave desequilíbrio nas relações comerciais e o Estado foi obrigado a intervir, no intuito de criar leis para a proteção da parte mais fraca desta relação, ou seja, o consumidor. Assim se alcançou um modelo mais próximo do contrato de adesão atual.

Hoje, embora exista a liberdade contratual, o direito se preocupa em proibir as cláusulas abusivas, coibindo a desigualdade contratual. Em outras palavras, o direito intervém nestas relações com o objetivo de tutelar o contrato e preservar a isonomia entre os contratantes.

Correta é a postura do direito atual, haja vista que o interesse privado do consumidor não o autoriza a criar normas particulares que venham a sobrepor o interesse social. O liberalismo exagerado traz prejuízos incalculáveis para a sociedade, emergindo tais determinações legais como uma verdadeira forma de restrição aos abusos e de proteção.

2.5 Características

São quatro as características essenciais das cláusulas contratuais gerais, a saber:

Predisposição: as cláusulas são elaboradas e preparadas de forma prévia, para que possam integrar futuras relações concretas.

Uniformidade: é o elemento finalístico do instituto, pois, ao elaborar as cláusulas, sabe-se que poderão servir para um número indeterminado de contratos, portanto, é indispensável sua uniformidade.

Abstração: as cláusulas são elaboradas para regularem relações futuras. Não regulam relações concretas, mas ao contrário, destinam-se a qualquer contratante;

Rigidez: não pode o futuro contratante alterar ou mesmo discutir as cláusulas apresentadas.

Cabe esclarecer que esta última característica é um desdobramento das demais apresentadas, posto que, se houvesse a possibilidade de modificação nos contratos individuais, as demais características não teriam importância, uma vez que as cláusulas contratuais se destinam à coletividade e só se efetivam quando há a adesão. Porém, nada impede que não estando o aderente satisfeito com uma das cláusulas, peça sua modificação ou mesmo extinção, mas ficará a critério do estipulante aceitar ou não.

Em tese, os contratos têm estas características.

2.6 Elementos

2.6.1 Elementos essenciais

Os elementos essenciais são aqueles que necessariamente devem estar presentes para que o contrato de adesão seja assim considerado. Analisar-se-á, em separado, cada um desses elementos:

Consentimento por adesão: no presente trabalho, já foi disposto que a participação dos sujeitos nesta técnica contratual se dá em momentos distintos, pois um dos contratantes redige as cláusulas e o outro, adere a estas. No exato momento em que há a adesão ao contrato é que este se forma, pois é nesta hora

em que o consentimento é manifestado. Neste momento é que muitos doutrinadores defendem haver a manifestação de vontade do aderente. A adesão pode se dar de forma expressa quando o aceitante declara a sua vontade ou aposta sua assinatura no contrato; e ainda de forma tácita, quando o aceitante adota um comportamento consentâneo com as cláusulas pré-estabelecidas.

Cláusulas contratuais gerais: para que se possa ter um contrato de adesão, é necessário que uma parte significativa deste seja composta por cláusulas contratuais gerais, ou seja, cláusulas pré-formuladas. É possível, portanto, que haja discussão sobre as mesmas e até a inclusão de outras cláusulas sem que se descaracterize a adesão. É imprescindível, todavia que a maior parte do conteúdo seja composta de cláusulas pré-formuladas, sob pena de se descaracterizar a adesão.

Proibição de discussão ou modificação substancial: esta impossibilidade decorre do elemento acima e também da rigidez, que, tal qual fora estudado, é uma característica dos contratos de adesão. Assim, não pode a parte contratante alterar significativamente o conteúdo contratual apresentado, porque senão estaria desconfigurado este instituto em razão da prevalência da livre negociação. Esta também é uma exigência do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

2.6.2 Elementos Acidentais

Tem-se também os elementos acidentais, aqueles cuja inexistência não implica em descaracterização do negócio jurídico. Veja-se:

Superioridade econômica do proponente: nem sempre quem elabora as cláusulas é superior economicamente. Quando este instituto surgiu, esta era uma realidade, porém, no mundo econômico atual é possível encontrar casos de superioridade econômica do aceitante, haja vista que muitos consumidores possuem maior poder econômico que os próprios fornecedores.

Identificação do proponente como pessoa jurídica: este elemento se justifica pelo fato de o Código de Defesa do Consumidor não ter definido fornecedor como pessoa jurídica, como se observa no art. 3º desta Lei:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção,

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não se justificaria então este ser um elemento, pois estaria contrariando dispositivo legal.

Identificação do aderente como pessoa física: as pessoas jurídicas também podem atuar como aceitantes de um contrato de adesão, porém não terão a proteção da Lei 8.078/90, por não serem tidos como consumidores.

Identificação do aderente como consumidor: não necessariamente o aderente é o consumidor final de produtos e serviços, uma vez que o contrato de adesão pode ser utilizado nos contratos comerciais, tanto é assim que o Código Civil trata deste instituto. Este elemento complementa o acima exposto.

Existência de cláusulas abusivas: o contrato existe ainda que não hajam cláusulas abusivas, pois estas não são elementos constitutivo do contrato de adesão e sim defeitos. Seria irracional considerar estas cláusulas como elementos do contrato, porque estaria sendo permitido o seu uso e conseqüentemente, o abuso de direitos.

Forma escrita do contrato: O Código de Defesa do Consumidor quando define contrato de adesão, não diz que ele deve ser escrito, por conseguinte, abre a possibilidade de caracterização da forma oral, embora na prática tenha prevalência a forma escrita. A forma oral se revela pelo aceite do aderente, mas dificulta a prova.

2.7 Vantagens

Os contratos de adesão apresentam muitas vantagens para a sociedade comercial, uma delas é a diminuição de custos e a possibilidade das transações comerciais serem realizadas até mesmo por quem representa a empresa, ainda que não tenha conhecimento da matéria.

Josimar Santos Rosa (1994, p.52) ensina:

O processo de padronização denota uma vantagem incontestável na prática do contrato de adesão, pois através dela tem-se a conjugação não apenas dos aspectos jurídicos, como também dos administrativos, estando as obrigações dentro de um contexto de plena reciprocidade na estrita relação com cada parte que figura no contrato, servindo também de instrumento para minimizar os custos e maximizar os lucros, uma grande vantagem para os contratos de massa.

Proporciona uma agilização nas negociações, haja vista que o fato de as cláusulas já estarem prontas evita a deliberação e, via de consequência, economiza tempo.

Pode-se concluir que esta modalidade de contrato facilita, agiliza e atende a muitas das necessidades práticas das relações econômicas. Além do que, atualmente, as relações são provocadas pela oferta de bens e serviços e tudo isto é feito em grande escala, sendo impossível a negociação prévia de todas as relações comerciais. Por isso, o direito teve de se adaptar a essa realidade.

Assim, os contratos de adesão revelam um processo racionalizador e muito vantajoso, uma vez que padronizam os contratos para situações idênticas, o que garante tratamento igualitário aos contratantes, gera economia temporal, (posto que evita negociações repetidas) e pode, inclusive, diminuir o preço final dos produtos. Conseqüentemente, a empresa simplifica e agiliza as relações e também acaba com as incertezas existentes nas relações individuais, e este tipo de contrato se amolda perfeitamente à realidade social e às necessidades práticas.

O doutrinador Josimar Santos Rosa (1994,p.53) esclarece:

O processo de racionalização não incide apenas sobre a criação da modalidade contratual, mas, também, perante o plano executório, haja vista que, por força do mecanismo estrutural, todo o processo de aplicação já tem um perfil traçado, inclusive com a projeção de critérios para que sejam corrigidos os possíveis desvios.

Ante tais vantagens é que se justifica o uso cada vez maior deste instrumento nas relações contratuais.

2.8 Desvantagens

Ainda que sejam grandes as vantagens que a utilização deste instrumento traz para as relações comerciais, há que se destacar também a existência de desvantagens. É grande risco de se configurar, entre as cláusulas contratuais pré-formuladas, cláusulas consideradas abusivas, uma vez que a parte que formula o contrato pode se preocupar apenas e tão somente com as vantagens facultadas no negócio jurídico, não primando pelos direitos da outra parte. Na prática, essas cláusulas são comumente encontradas e, muitas vezes, implicam na transferência

de riscos por parte do elaborador. Mesmo o conteúdo das cláusulas sendo em diversas ocasiões desvantajoso para o aderente, ele acaba por aceitá-las, seja por ignorância ou por necessidade.

Outro aspecto negativo está na inexistência de negociação prévia, as partes não discutem previamente as cláusulas que irão compor o contrato. Ocorre um comprometimento do princípio da criação contratual, pois a livre manifestação de vontade por parte do aderente não existe.

Neste sentido dispõe Josimar Santos Rosa(1994, p.53):

A postura assumida pelo predisponente é de caráter resolutivo, não restando ao aderente a indagação sobre o conteúdo contratual, mas subordinando-o ao processo do dirigismo contratual em que deverá manifestar-se ou não, na condição do contratante.

Os doutrinadores constantemente dão ênfase a essa prática e buscam soluções no sentido de amenizá-la, de modo que o contrato não sirva apenas para atender aos interesses de uma das partes contratantes.

Nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lobo (1991, p.19) :

Nenhum sistema de controle das condições gerais, nas experiências legislativas conhecidas, revelou-se perfeito. São falíveis tanto o controle preventivo (administrativo) quanto o corretivo (judicial), por não conseguirem absorver as variadas situações provocadas pelas condições gerais. A sensação de impotência diante do poder econômico, a lentidão da justiça estatal, os pequenos valores patrimoniais lesados, favorecem o abuso de uns e a inércia de outros.

Existem mecanismos para coibir que a parte aderente seja prejudicada, porém na prática tais ações não são completamente eficientes, posto que impera a lei do mais forte. A estrutura de controle é falha, pois se preocupa em combater os efeitos, ao invés das causas.

2.9 Distinção entre contrato de adesão e outros similares

O artigo 54 da Lei 8.078/90, apesar de definir contrato de adesão, deixa margem para que se confunda esta espécie contratual com outros institutos jurídicos que se aproximam por isso a importância da distinção destas figuras jurídicas. *In verbis*:

Artigo 54 - contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas

unilateralmente pelo fornecedor do produto ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

A primeira figura jurídica a ser comentada é o contrato normativo, que se assemelha ao contrato de adesão porque em ambos há predeterminação de disposições e a necessidade de aceitação. Porém, nele cabe a discussão sobre as cláusulas contratuais e a eliminação de controvérsias, o que nem sempre é possível no contrato de adesão, até porque a discussão acerca das cláusulas descaracterizaria este tipo contratual, diminuindo suas vantagens.

Uma outra diferença reside nos objetivos de ambas as figuras contratuais, porque o contrato de adesão visa estabelecer normas abstratas para que futuramente sejam aplicadas em relações concretas, enquanto que o objetivo do contrato normativo, nas palavras de Orlando Gomes, (2001,p.119) é “constituir o conteúdo normativo dos contratos existentes, ou por existir, na sua órbita de atuação”.

Carlos Alberto Bittar (1991,p.67) assim diferencia essas duas figuras :

Tem por principal escopo, o contrato normativo, alterar o conteúdo dos contratos já celebrados, enquanto o contrato de adesão tem por desiderato regular as futuras contratações, impedindo a discussão individual do conteúdo e, assim, possibilitando a contratação em massa

Na prática pode-se encontrar contratos normativos, principalmente nas relações trabalhistas, sendo chamados de contratos normativos de trabalho.

Conclui-se que os contratos normativos regulam as regras de maior importância, traçando certos limites, porém as partes ficam livres para estipularem as próprias normas. Em contrapartida, o contrato de adesão regula todas as normas que irão compor o contrato.

Há que se distinguir também o contrato-tipo, um tipo de formulário com cláusulas pré-elaboradas que servem de modelo pra futuros contratos. É, portanto, um modelo de contrato que se aperfeiçoa quando as partes se obrigam ao conteúdo. Podem ser encontrados facilmente em papelarias e são muito utilizados para os contratos de locação.

Custodio da Piedade Ubaldino Miranda (2002, p. 33) explica:

A distinção entre o contrato tipo e o contrato de adesão radica, enfim, no fato de no primeiro haver um contrato bilateral, livremente discutido e negociado entre as partes contratantes, servindo de modelo para a formação do conteúdo de futuros contratos, vinculativo para as partes

destes últimos, que se encontram assim em posição de igualdade. Já no contrato de adesão, apenas uma das partes, que ocupa uma posição de supremacia na relação contratual, formula o conteúdo do contrato, vendo-se a outra na contingência de aderir ou não a esse conteúdo, celebrando ou não o contrato.

Em resumo, se pode afirmar que o contrato tipo goza de uma discussão prévia, as partes podem participar de sua elaboração ao passo que nos contratos de adesão os contratantes somente têm a opção de aceitar ou não as cláusulas que foram predeterminadas unilateralmente.

Por fim, cabe analisar o contrato por adesão. Na prática, o Código de Defesa do Consumidor e a doutrina majoritária não fazem diferenciação entre contrato de adesão e contrato por adesão, porém, a jurisprudência diferencia, justificando que o termo “contrato de adesão” significa que o consumidor só tem uma opção para buscar a prestação de serviço ou o produto, enquanto que na expressão “contrato por adesão” o consumidor possui mais de uma opção para ter realizado o seu objetivo, ou seja, existe mais de um fornecedor para satisfazê-lo. Nestes, não são aplicadas as normas protetivas que se destinam ao contrato de adesão, pois os fornecedores justificam que os clientes tinham outras vias a sua disposição, mas por opção escolheu os seus serviços ou produtos.

Embora todas as figuras aqui tratadas guardem semelhanças entre si, é importante ter em mente que os contratos de adesão se caracterizam pela forma de contratação.

2.10 Contrato de adesão à luz do código de defesa do consumidor

Os contratos de adesão são comumente utilizados nas relações de consumo, razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor se preocupou em tratar do assunto, no sentido de diminuir as desigualdades existentes entre fornecedor e consumidor, primando pelo princípio da isonomia.

Os contratos de adesão, por serem compostos de cláusulas antecipadamente formuladas pelo ofertante, não permitem a livre manifestação de vontade do consumidor, a parte frágil desta relação e que muitas vezes se resta prejudicado por não conhecer o alcance das cláusulas que está aderindo.

Por existir esta desigualdade entre as partes e também pelo fato do legislador ter consciência de que aquele que procede à elaboração do contrato

tem em mente mais o lucro que poderá obter, é que o direito tutela estas relações, primando pela transparência. Assim, o contrato deve ser redigido de forma clara para que seja possível ao consumidor tomar conhecimento do seu teor, e em havendo dúvidas, as cláusulas deverão ser interpretadas em favor do consumidor aderente.

Para que o contrato de adesão seja tido como válido, o consumidor tem que ser totalmente informado dos termos contratuais, o que mais uma vez revela a preocupação em protegê-lo, porque a relação de consumo é disciplinada pela Lei 8.078/90, uma norma de ordem pública e de interesse social, portanto, inderrogável pelas partes.

3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Os contratos de adesão proporcionam o surgimento de cláusulas que podem ser caracterizadas como abusivas, posto serem formuladas por uma das partes somente, o que facilita o surgimento de cláusulas que gerem onerosidade excessiva para o aderente.

Estas cláusulas trouxeram um grande inconveniente social, principalmente para as partes economicamente menos favorecidas, haja vista que o equilíbrio que deve existir entre os contratantes restou comprometido. Sendo assim, o legislador se preocupou em criar meios para a proteção do aderente, pois este não tem como manifestar sua vontade.

3.1 Conceito e características gerais

São designadas como cláusulas abusivas àquelas que prejudicam nitidamente a parte mais fraca da relação, causando um desequilíbrio contratual entre contratante e contratado. São sinônimas de cláusulas abusivas, as cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas, cláusulas opressivas entre outras expressões.

A Professora Valéria Silva Galdino (2001,p.12) ensina:

Portanto, cláusulas abusivas são aquelas que estabelecem obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, causando um desequilíbrio contratual entre as partes, ferindo a boa-fé e a eqüidade.

O Código de Defesa do Consumidor não definiu cláusulas abusivas, porém enunciou hipóteses delas, ou seja, procedeu à elaboração de um rol exemplificativo. Pode se concluir por este elenco que o diploma considera abusiva toda cláusula que prejudique o consumidor ou fira os seus princípios protetivos.

Henri Capitant (1979, p.115) denomina as cláusulas abusivas de cláusulas leoninas e as define como “uma cláusula de um contrato cujo cumprimento terá como resultado uma vantagem exorbitante em detrimento de outras.”.

Em suma, as cláusulas abusivas representam exercício abusivo da faculdade de exercer o contrato, posto que aquele que estipula as cláusulas visa o seu lucro, não se preocupando com os direitos do aderente.

Todos os contratos são suscetíveis de abuso de direito, porém, nos contratos de adesão, em razão da limitação da vontade do aderente, fica mais visível este abuso e são facilmente encontradas cláusulas de irresponsabilidade, pactos comissórios, renúncia de direitos, eleições de foros e cessões de créditos.

Alguns autores acreditam ser o abuso do direito a fonte inspiradora das cláusulas abusivas. João Bosco Leopoldino da Fonseca (1993, p. 127-128) é um dos defensores e explica:

[...] 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 do contrato.

Percebe-se que nenhum contratante pode se utilizar o contrato para obter proveito ou lucro, sem primar pelos direitos do outro contratante e também pelos princípios contratuais.

A abusividade se encontra no desrespeito aos direitos do aderente, bem como pela ausência dos princípios contratuais e não pelo fato de um dos contratantes já ter formulado previamente o contrato, justamente porque a cláusula abusiva representa o exercício abusivo da faculdade que tem um dos contratantes de predispor o conteúdo contratual.

São defensores desta corrente, além do autor supra-citado, Josserand (1982), Paulo Luiz Neto Lobo (1991), entre outros.

Porém, não se pode olvidar da existência de divergência doutrinária. Segundo alguns doutrinadores, a cláusula abusiva pode ser traduzida como uma cláusula excessiva, que imponha onerosidade excessiva a uma das partes contratantes, trazendo, assim, desvantagem para este.

Neste sentido, escreve Nelson Nery Jr (1999, p. 489):

O instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o do abuso de direito do parágrafo único do art. 160 do Código Civil, interpretado a *contrario sensu*. Podemos tornar a expressão 'cláusulas abusivas' como sinônimas de cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas ou, ainda, cláusulas excessivas.

Há ainda, quem disponha serem as cláusulas abusivas ilícitas. Todavia, cláusulas ilícitas são aquelas que o objeto é ilícito subsiste o intuito de fraude à norma jurídica. Também, em tais cláusulas não há exercício de direito subjetivo porque este não existe, o que provoca diferenciação cabal das cláusulas abusivas – nestas, existe o direito subjetivo que é utilizado de maneira a favorecer uma das partes e conseqüentemente causar desequilíbrio contratual.

A professora Cláudia Lima Marques (1995, p. 292), esclarece:

Em uma visão particular, podemos afirmar que o arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação de elementos essenciais do contrato (sujeitos, objeto, preço e consenso) detectados nas cláusulas leoninas e meramente potestativas são características comuns com as cláusulas hoje consideradas abusivas. A diferença estaria no grau de unilateralidade e de arbítrio antes exigido, muito maior do que o atual, e na matéria regulada pelas cláusulas consideradas abusivas, que hoje pode englobar (e geralmente faz) os elementos não essenciais do negócio, como as garantias referentes ao vício do objeto, a evicção, ao pagamento, ao não atraso do pagamento.

[...]

Hoje são consideradas abusivas as cláusulas que procuram exonerar o fornecedor da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, pela sua não prestabilidade, pela eventual evicção, transferindo a terceiros a responsabilidade, cláusulas impondo garantias excessivas quanto ao pagamento, como as de perda total das prestações pagas em pró do fornecedor ou do grupo de consorciados, as cláusulas penais excessivas, os juros de mora além do limite legal, etc.

Assim, pode se ultimar que, embora, não seja a cláusula abusiva uma cláusula ilícita, a conseqüência jurídica é a mesma, pois ambas as cláusulas têm como conseqüência a nulidade. Pode se identificar as cláusulas abusivas sempre que em um contrato existam disposições que onerem excessivamente uma das partes, enquanto que a parte que as estipulou obtém tão somente vantagens, sendo visível o desequilíbrio contratual, bem como o desrespeito aos princípios contratuais.

3.2 Modalidades de cláusulas abusivas

O legislador brasileiro optou, no Código de Defesa do Consumidor, por instituir em lista única à proteção contra as cláusulas abusivas. Esta disposição se encontra no artigo 51 e pode ser aplicada tanto para os contratos de adesão como para contratos negociados, ressaltando sempre sua nulidade absoluta .

Insta ressaltar que o rol trazido pelo artigo é simplesmente exemplificativo. Portanto, se restarem inseridas em um contrato cláusulas que tenham como características a abusividade, desequilibrando a relação contratual, receberão o mesmo tratamento legal daquelas descritas pelo artigo 51, inobstante à expressa ausência de catalogação legal.

Por fim, esclarece-se que a nulidade da cláusula tida como abusiva não invalida todo o contrato. Em outras palavras, o contrato é válido e eficaz, sendo que somente tais cláusulas são fulminadas com nulidade.

Passa-se a uma análise das modalidades tipificadas.

3.2.1 Cláusula de inversão do ônus probatório

A Cláusula da inversão do ônus probatório: será tida como abusiva se utilizada no intuito de prejudicar uma das partes contratantes, posto que, segundo o Código de Processo Civil, as partes devem provar o alegado. Como regra, o autor faz prova dos fatos constitutivos de seu direito enquanto que o réu faz prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

O Código de Defesa do Consumidor, cumprindo seu objetivo de igualar as relações consumeristas por meio de proteção à parte hipossuficiente, rompeu com as regras tradicionais sobre o ônus da prova e estabeleceu em seu artigo 6º, VIII, a inversão do ônus da prova como um direito básico do consumidor. Leia-se:

São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da 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 de experiência.

Essa norma proporciona a obtenção de justiça, porque se na sociedade atual o consumidor fosse submetido às regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, sua defesa restaria comprometida, haja vista que este não tem capacidade econômica e tampouco técnica pra tal feito. Porém, para que a

inversão seja possível é preciso que o consumidor seja hipossuficiente e que a sua alegação seja verossímil, cabendo ao juiz a análise da existência destes requisitos segundo as regras ordinárias de experiência.

Valéria Silva Galdino (2001, p. 95-96) conceitua esses dois requisitos:

Verossimilhança é a plausibilidade, a probabilidade de ser. A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível, ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas.

[...]

A hipossuficiência está relacionada ao monopólio da informação, porque o consumidor, muitas vezes, não teria acesso às informações para a prova dos fatos alegados.

Ora, com base em tal disposição, é possível se concluir que, enquanto a verossimilhança é a probabilidade da verdade, a hipossuficiência é a condição de inferioridade com relação à informação. Ainda que estejam presentes estes requisitos, mister que a prova seja possível para o fornecedor.

Embora a inversão da prova seja possível em qualquer tempo e grau de jurisdição, ela também pode ser revogada se for demonstrada a inexistência dos requisitos autorizadores. Há casos, porém, em que a inversão será compulsória, como no artigo 36, do Código de Defesa do Consumidor, não sendo necessária a comprovação dos requisitos.

Percebe-se que muitas vezes a inclusão desta cláusula tem o objetivo de desvirtuar a finalidade precípua do contrato. Por derradeiro, a sua inserção em contrato de adesão deve ser combatida através da ineficácia clausular.

3.2.2 Cláusula de não indenizar

A Cláusula de não indenizar tem por escopo limitar ou até mesmo excluir a responsabilidade por atos de auxiliares do predisponente de condições gerais, sendo, por isso também chamada de cláusula de exclusão de responsabilidade ou de convenção de irresponsabilidade. São comumente encontradas nos contratos de adesão, mas só são admissíveis quando se referem a obrigações legais passíveis de modificação convencional e que não haja o dolo, competindo ao magistrado a fixação ou a delimitação do que pode ou não ser renunciado.

Neste sentido, importante destacar o posicionamento dos Tribunais Superiores refletidos nos julgados abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. INFORMAÇÃO FALSA, DADA A CLIENTE SOBRE A IDONEIDADE FINANCEIRA DE DETERMINADA PESSOA. PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO INFORMADO.

Obrigação daquele de indenizar, embora existente a cláusula de não-responsabilidade, se o informe foi prestado dolosamente. Embargos recebidos. Voto vencido. Responde o Banco por informação falsa, dada a cliente, sobre a idoneidade financeira de pessoa com quem o mesmo vem a negociar para a ocorrência de prejuízo a seu dano. Pouco importa para o informante, em tal hipótese, cláusula que o exclui de responsabilidade se o informe foi prestado dolosamente. (TJRS, 1ª Gr. Civ., RT, 410:378)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR. CLÍNICA PSIQUIÁTRICA.

Avaliação médica insatisfatória do potencial suicida do paciente. Cláusula de não-indenizar tida como não-escrita, posto que, no tocante à integridade da vida e saúde, exclui-se, sempre, a cláusula de irresponsabilidade. (TJRJ, 2ª Gr. Câms. Cívs., EI 31/90 na Ac. 2.860/88, Rel. Des. Paulo Roberto A. Freitas, j. 3-9-1991, DJRJ, 27-2-1992, p. 160)

Pode se concluir, ante todo o exposto, que essa cláusula transfere a responsabilidade a terceiros e tem com finalidade impedir ou dificultar o ressarcimento dos prejuízos que podem ser causados pelo predisponente.

3.2.3 Cláusula de eleição de foro

A Cláusula de eleição de foro pode servir para o desvio de finalidade do contrato, na medida que onera o aderente dificultando seu acesso ao Judiciário. É muito comum ser encontrada nas avenças bancárias, uma vez que se elege como foro a capital do Estado onde se encontra a matriz do estabelecimento.

Esta cláusula onera sobremaneira uma das partes contratantes, haja vista que, para ter acesso ao Judiciário, será necessário o deslocamento para outra cidade. Cabe ressaltar que, embora esta seja considerada uma cláusula abusiva, deverá ser respeitada sempre que houver discussão e concordância sobre sua

inserção no contrato, pois, neste caso, a livre manifestação de vontades foi respeitada.

Em se tratando de contrato de adesão, a discussão é imensa, uma vez que neste tipo de contrato a manifestação de vontades de uma das partes se resume somente em aceitar as cláusulas já formuladas e, sendo assim, o aderente não tem sequer noção do ônus que esta cláusula pode lhe acarretar. Ademais, não se deve esquecer a regra de competência trazida pelo artigo 100 do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 100 – É competente o foro:

[...]

IV – do lugar;

[...]

b) onde se achar a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

[...]

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento.

Logo, é competente o foro do local onde se encontrar a empresa, quanto a obrigação que fora contraída ou onde a obrigação deve ser satisfeita, conforme o caso.

É importante mencionar que tal cláusula fere o princípio da utilidade social, desrespeita a equidade, desequilibrar a relação contratual e desvirtua a finalidade do contrato.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha dado tratamento específico pra esta situação, pode se utilizado do artigo 51, IV, no intuito de proteger o consumidor e coibir esta prática abusiva.

Importante ressaltar o trabalho dos Tribunais no combate desta cláusula, como pode ser observado nos julgados abaixo transcritos:

FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO.

Tratando-se de contrato de adesão, permitindo o controle judicial da manifestação de vontade para assegurar o equilíbrio entre as partes. Sendo estabelecido foro de adesão de forma a conceder excessiva vantagem a uma das partes, por ser abusiva, deve ser tida como não escrita, prevalecendo o foro comum. Agravo provido. (TARS, 2ª Câm., AI 191155662, Rel. Des. Paulo Herrdt, v. u., j. 12-12-1991, Revista de Direito do Consumidor, jul/set. 1995)

CONTRATO DE ADESÃO – FORO DE ELEIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CLÁUSULA ABUSIVA.

No contrato de adesão, a cláusula de eleição de foro não pode prevalecer, sob pena de quebra do princípio de igualdade contratual e de desfavorecer o contratante aderente, em regra, considerado a parte menos favorecida no sentido econômico. (TAPR, 2ª Câmara Cív., AI 91.637-8, Ac. 7.141, v. u., j. 7-8-1996, Rel. Juiz Roberto Costa Barros, DJPR, 27-9-1996, p. 104: Bonijuris, 28848)

CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA

Declaração “ex officio” da incompetência relativa – inadmissibilidade – Cláusula contratual abusiva - Eleição de foro – art. 51 do CDC. (1º TACSP, 3ª Câmara, MS 478.284-7, Rel. Des. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, j. 3-9-1991, Revista de Direito do Consumidor, abr/jun. 1995)

3.2.4 Cláusula constitutiva de mandatário

A Cláusula constitutiva de mandatário confere ao credor a posição de mandatário do devedor, com plenos e irrevogáveis poderes podendo estabelecer terceiros negócios, modificar unilateralmente a base do negócio ou, ainda, tornar líquida a dívida de acordo com o seu interesse sem que haja a participação do consumidor.

Não é raro que estas cláusulas sejam encontradas nos contratos bancários, de locação, financiamento, cartão de crédito, mútuo e leasing. São tidas como leoninas, pois outorgam poderes para que a parte estipulante aja em nome da parte aderente permitindo, inclusive, que sejam emitidos títulos cambiais contra este último, fato que sem dúvida extrapola os limites do bom senso, da boa-fé e da justiça e ainda fere gravemente os princípios da transparência, da igualdade e da confiança.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, inciso, VIII, considera a cláusula-mandato como abusiva e ainda é utilizado como base para o combate deste tipo de cláusula em contratos que não sejam de consumo.

Segundo os tribunais :

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CONTRATO BANCÁRIO – PROIBIÇÃO – CLÁUSULA MANDATO.

Abuso provocado por cláusula mandato incluída nos contratos de adesão. Mandato redigido contra os interesses do mandante. Nulidade da cláusula mandato *ex vi* do inc. VIII da Lei 8.078/90. Irrelevante a prova de que não tenha havido preenchimento abusivo. (TARS, 4ª Câmara Cív., Ap. 192.047.744, Rel. márcio Oliveira Puggina, j. 20-8-1992, Revista de Direito do Consumidor, n. 26.24, jul./dez. 1997, p. 304)

3.2.5 Cláusula de sanção

O jurista Carlos Alberto Bittar (1991, p. 85), com propriedade define a cláusula de sanção premial como “um dispositivo contratual que visa conceder vantagem pecuniária a título de desconto, em virtude de pontualidade na efetuação de determinados pagamentos”.

A princípio, esta cláusula não seria abusiva, pois concederia um benefício àquele que é pontual. Todavia, a maioria da doutrina acredita que, na verdade, esta cláusula possui caráter penal e, portanto, deve ser tratada com muita cautela pelo Judiciário a fim de que o aderente não seja prejudicado. Este tem sido o entendimento jurisprudencial, leia-se:

CLÁUSULA PENAL. LOCAÇÃO. PREVISÃO DE “PRÊMIO DE PONTUALIDADE”. RECONHECIMENTO DE SEU CARÁTER PENAL. CLÁUSULA NULA, POR DESENTENDER O ART. 30 DA LEI 6.649/79. FIXAÇÃO DO VALOR REAL DO ALUGUEL.

O “Prêmio de Pontualidade” é autêntica cláusula penal e, ao exceder os limites impostos pela Lei, deve-se declará-la nula de pleno direito, fixando-se o valor real do aluguel. (2º TACSP, 6ª Câm. Cív., Ap. 136.186, Rel. Juiz Olavo Zampol, j. 7-10-1981, Jurisprudência Brasileira Juruá, n. 142/155)

DESPEJO – CUMULAÇÃO COM COBRANÇA – PRÊMIO-PONTUALIDADE – EXIGÊNCIA COM MULTA MORATÓRIA – INADMISSIBILIDADE; TAXA BANCÁRIA – VALOR INDEVIDO – MULTA – LIMITE – DEFESA DO CONSUMIDOR.

Ação de despejo cumulada com cobrança. Prêmio-pontualidade – Multa disfarçada – Indébito. Taxa bancária – Indébito. Incorreções no demonstrativo. Código de Defesa do Consumidor. Recurso parcialmente provido. A locação residencial sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor. O prêmio-pontualidade não passa de uma multa disfarçada, não podendo o locador cobrá-lo cumulativamente com a multa moratória expressamente prevista no contrato. A multa moratória nas locações residenciais é de 2% (dois por cento). A taxa de cobrança bancária dos locativos não pode ser repassada ao locatário. Recurso desprovido. (TAPR, 4ª Câm., AC 126.401-9, Rel. Juiz convocado Albino Jacomel Guérios, v. u., j. 21-2-1999, p. 140 – ementa oficial).

3.2.6 Cláusula que previamente estabelece o juízo arbitral

A Cláusula que previamente estabelece o juízo arbitral cria uma obrigação de fazer, pois é um pacto preliminar no qual as partes se comprometem a

submissão à uma decisão arbitral acerca das questões contratuais que possam, eventualmente surgir .

É certo que todas as questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidas à apreciação do juízo arbitral, porém para que seja esta cláusula tida como válida e eficaz, a Lei de Arbitragem, lei nº 9307/96, impõe como necessário o estabelecimento por escrito no corpo do próprio contrato ou em documento anexo a este. Em se tratando especificamente de contrato de adesão, a mesma Lei determina ser obrigatória a concordância de forma expressa do aderente o que se revela pela aposição de sua assinatura na cláusula referida. Além disto, deve ser estabelecida em documento apartado ou, sendo no corpo do próprio instrumento contratual, que esteja em negrito, de maneira destacada, a fim de que não restem dúvidas quanto à ciência e ao aceite do aderente.

Caso estas regras não sejam obedecidas, a cláusula que estabelece o juízo arbitral não poderá surtir efeito algum. Isto é, se os requisitos legais não forem seguidos, a cláusula será nula.

A doutrinadora Valéria Silva Galdino (2001, p. 118-119) acredita ser utópica a arbitragem nos contratos de adesão. Em suas palavras:

Nos contratos de adesão, contratos-tipo e contratos-formulário, a arbitragem seria utópica, pois suas disposições são pré-elaboradas por uma das partes ou por terceiro alheio à relação contratual, sem a interveniência do aderente. Na prática, o consumidor seria impelido a assinar a cláusula compromissória em documento apartado, ou a vistar tal cláusula no próprio contrato, em decorrência de sua passividade, vulnerabilidade e necessidade de adquirir o produto ou prestação.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, VII, considerou esta espécie de cláusula como abusiva e nula, pois deixa a critério da parte estipulante do contrato a livre escolha da jurisdição, seja ela estatal ou arbitral, bem como a escolha do árbitro. Em outras palavras, só haveria a livre manifestação de vontade para este e não para o aderente. Tal medida se justifica pelo fato de ser o consumidor de serviços a parte hipossuficiente da relação e, portanto, muitas vezes compelido a aceitar em razão a necessidade de aquisição do produto ou do serviço. Em se considerando também a média de informação dos consumidores, pode ser ressaltada uma outra justificativa, qual seja, de que muitas vezes estes sequer sabem a implicação de tal cláusula na relação contratual.

Pode se concluir, portanto, que estando presentes o consentimento de ambas as partes contratantes, bem como a escolha conjunta da pessoa do árbitro, e, ainda, a inexistência de prejuízo para qualquer dos contratantes é possível que haja a sua inserção nos contratos, inclusive nos de consumo sem haver a cominação de nulidade. Isto porque a Lei de Arbitragem não revogou o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do consumidor, e, por conseguinte, nos contratos de consumo deve se respeitar os princípios consumeristas mesmo em se tratando de arbitragem, ou seja, deve prevalecer o equilíbrio contratual.

3.2.7 Cláusula que prevê a possibilidade de rescisão contratual unilateral

O vínculo contratual se extingue, normalmente, pela execução da obrigação e direito que originaram o contrato. Mas é possível que também se encerre por outros motivos ou causas supervenientes, haja vista não se poder obrigar uma pessoa a manter vínculos contratuais que não sejam mais convenientes, seja por culpa ou por inadimplência da outra parte, bem como não é viável obrigar alguém a manter vínculos perpétuos. Considerando o sistema clássico de resolução, seria ideal que se pudesse liberar os contratantes e fazer com que as coisas voltassem ao estado anterior, “*status quo ante*”.

No mundo moderno essa idéia imediatista do sistema clássico tem encontrado barreiras, uma vez que os contratos atuais envolvem a expectativa de proteção dos riscos e também do conforto para o consumidor. É praticamente impossível que as coisas retornem ao estado anterior porque o risco já ocorreu e, sendo assim, liberar as partes do vínculo contratual que os une pode refletir em penalidade para a parte vulnerável da relação, o que fere o objetivo do Código de Defesa do Consumidor. Há que se considerar que a satisfação almejada pelo consumidor, via de regra, depende da continuação do contrato, por isso a cláusula que autoriza a rescisão unilateral do contrato é considerada abusiva e também porque a relação contratual de consumo envolve além da obrigação de prestar, a obrigação de conduta.

Neste sentido, importante a lição trazida pela já citada professora Cláudia Lima Marques (1995, p. 381):

Importante em nossa análise é constatar que, *ex vi lege*, se o fornecedor de serviços utiliza esses métodos, sua liberdade de elaborar cláusulas

resolutórias ou análogas está limitada pelo disposto no art. 54, § 2º do CDC, pelo qual estas cláusulas só serão permitidas (não abusivas) se ´alternativas`, ´cabendo a escolha ao consumidor` e não ao fornecedor de serviços. Ao assegurar a escolha ao consumidor, segue o CDC a nova doutrina internacional que, em contratos ´pós-modernos`, cativos, de longa duração, massificados e de grande importância social, impede a rescisão, mesmo com causa pelo fornecedor e transfere a decisão para o consumidor, que pode optar pelo ´aumento` das prestações, pela sanção pelo seu descumprimento contratual, até mesmo por alguma modificação do plano para adaptá-lo as novas circunstâncias, mas optando, ao mesmo tempo, pela manutenção (e não resolução) da relação jurídica de consumo.

A abusividade desta cláusula reside justamente em se conferir ao fornecedor o direito de usar da resolução para pôr fim a um contrato sem a perquirição acerca do interesse do consumidor em mantê-lo. Ao contrário, este último nada pode argüir.

Esta cláusula pode vir mascarada como se distrato fosse, ou seja, insere-se no contrato cláusula de distrato, o que, em tese, é permitido, haja vista ser o distrato a manifestação mútua e comum de extinguir o vínculo contratual. Mas, na verdade, o fornecedor usa esta cláusula em seu favor, trazendo uma situação forçosa e onerosa ao consumidor, o que o leva a querer o distrato. Exemplo clássico desta hipótese se encontra nos planos de saúde, nos quais, depois de um tempo, o fornecedor envia correspondência ao consumidor comunicando a mudança do plano, a extinção deste ou o aumento nas contribuições ou índices de cálculos, ressaltando que se não houver concordância o mesmo tem que assinar o distrato, sob pena de estar automaticamente vinculado a outro plano. Nestes casos, o consenso, que é a base do distrato, é puramente fictício e ainda que a cláusula venha denominada como distrato pode ser considerada abusiva, posto presentes as características da abusividade.

A jurisprudência, fonte do direito que é, elucida a abusividade destas cláusulas, como se pode observar dos julgados abaixo:

AÇÃO DE COBRANÇA. RESCISÃO CONTRATUAL. ALUGUÉIS VINCENDOS. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA.

A faculdade concedida na lei ao locatário de renunciar à locação acarreta para ele uma contraprestação que tem caráter indenizatório. Da infração contratual decorre a sanção de caráter penal, não podendo o valor ultrapassar, como no caso, o dos aluguéis vencidos e não pagos, sob pena de afronta ao art. 920 do Código Civil. Não há que se confundir rescisão com resilição do contrato. A primeira se dá em conseqüência de inadimplemento, enquanto que a segunda decorre da vontade de uma das partes. A infração por falta de pagamento acarreta a rescisão do contrato, enquanto que da denúncia decorre a resilição. No último caso,

se a denúncia é do locatário, assiste ao locador o direito de haver a indenização. No primeiro caso, o inadimplemento acarreta para o locatário a obrigação de pagar a pena estipulada no contrato, cujo valor há de se amoldar aos limites legais. (TACRJ, 4ª Câm. Cív., Ap. 3.198/94, Rel. Juiz Carlos Ferrari, v. u., ADV Informativo Semanal, 2/95, COAD, p. 31).

SEGURO DE VIDA. DESCUMPRIMENTO PELA SEGURADORA. NÃO RECUSADA A TEMPO A PROPOSTA DO SEGURADO. NULIDADE DE CLÁUSULA QUE AUTORIZA O CANCELAMENTO UNILATERAL DO CONTRATO. PROCEDENTE A CONSIGNAÇÃO DAS PARCELAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.092 DO CC E 51, XI, DA LEI 8.078/90.

Ementa oficial. É de ser admitida a consignação de parcelas de seguro quando se verifica a “mora creditoris”, haja vista que quem primeiro descumpriu a obrigação foi a seguradora, quando deixou de fornecer o carnê para pagamento, máxime se aceitou a parcela inicial do prêmio. Assim, não há de se admitir a invocação de cláusula que prevê a rescisão contratual ante a falta de pagamento ainda mais quando há previsão legal para que seja feito acrescido de encargos.

Ementa da redação. Não recusando a tempo a proposta do segurado, a seguradora cria expectativa de fornecer os carnês para o devido pagamento, não podendo rescindir unilateralmente o contrato, alegando falta de pagamento quando consignadas as parcelas em juízo, nos termos dos arts. 1.092 do CC e 51, XI, da Lei 8.078/90. (TAPR. 6ª Câm., Ap. 79.769-1, Rel. Juiz Antônio Alves do Prado Filho, j. 7-8-1995, RT, 728:359).

Passa-se a uma análise das cláusulas abusivas nos contratos nominados e inominados.

3.3 Cláusulas abusivas nos contratos nominados e inominados

Antes de se adentrar ao objeto deste tópico, cabe a conceituação dos contratos em discussão.

Contratos nominados são aqueles cuja avença se encontra descrita e especificada na lei, como por exemplo, os contratos de locação, de compra e venda, de comodato, entre outros.

Já os contratos inominados são aqueles acordos que regulam relações negociais de menor freqüência e talvez por isto, ainda não tipificados e especificados em nosso ordenamento jurídico. A doutrina também os denomina de contratos atípicos. São exemplos destes os contratos de hospedagem, de excursões turísticas, de guarda e limpeza de veículos, etc.

É importante dizer que, embora não haja previsão legislativa para este tipo de contrato, eles obedecem aos princípios gerais das obrigações contratuais, sob pena de invalidade. Inobstante não estejam descritos em lei, atendem a

necessidades sociais, haja vista que as relações humanas são mutáveis, principalmente no que se reporta ao aspecto econômico, devendo obedecer às normas gerais para que a liberdade de contratar não extrapole os limites legais. Ou seja, o Estado interfere nas relações privadas de modo a preservar interesses sociais.

Álvaro Vilaça Azevedo (1988, p. 113), sabiamente explica:

A liberdade há que condicionar-se, emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade. É verdade que a convenção faz lei entre as partes, mas a própria lei há que conter os limites dessa livre estipulação privada, no sistema contratual, para que não fique este sistema ao arbítrio das convenções, deixando de intervir para a diminuição, cada vez mais, dos abusos, para que, assim, se realize o fim do direito, que é a justiça, depois da Ordem e Segurança Sociais.

Observa-se que esta interferência estatal visa também proteger a parte economicamente mais fraca da relação contratual. A liberdade de contratar só sofre limitações quando a finalidade das partes ou de uma delas é burlar a lei ou ainda obter lucros indevidos, evitando-se assim, o enriquecimento ilícito, a usura, entre tantos outros abusos que podem ser cometidos via esses contratos.

Em se tratando de cláusulas abusivas, é evidente que elas podem estar presentes nestes contratos, bem como um contrato inominado pode ser de adesão, como por exemplo, contrato de turismo. Presente a abusividade, aplica-se a norma do Código de Defesa do Consumidor que as torna nula, porque como já exposto, a Lei em questão, não conceituou as cláusulas abusivas e contando com um rol meramente explicativo. Por conseguinte, ainda que estas sejam inseridas em um contrato que não tenha especificação no ordenamento jurídico pátrio, devem ser combatidas.

O objetivo da Lei 8.078/90 é promover a igualdade das partes contratantes de modo a preservar o equilíbrio contratual, dando especial atenção e proteção ao consumidor, por ser este a parte técnica e, muitas vezes, economicamente mais frágil. Portanto, sua atuação não fica adstrita aos contratos nominados, tampouco só são consideradas abusivas as cláusulas nesta lei descritas.

É possível concluir então, que embora as cláusulas abusivas sejam inseridas em um contrato inominado, o consumidor receberá a mesma atenção e proteção da lei que o contratante que figura como parte em um contrato

nominado, isso reflete tanto a preocupação do legislador com a parte hipossuficiente e vulnerável, como também a preocupação social de manter as relações equilibradas.

3.4 Proibição e controle das cláusulas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma grande transformação na ação protetora do direito porque inovou consideravelmente o direito das obrigações principalmente no que reporta ao princípio do *pacta sunt servanda*, pois reduziu a autonomia da vontade, impôs normas imperativas para proteger o consumidor, reequilibrou o contrato e garantiu as expectativas contratuais. Com seu advento surgiram dogmas superiores à autonomia da vontade o que possibilita ao Judiciário um melhor controle do conteúdo dos contratos de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, visando harmonizar e dar maior transparência às relações de consumo, criou novos direitos para os consumidores, bem como novos deveres aos fornecedores, minimizando gigantescamente o desequilíbrio existente entre essas figuras contratuais.

Ademais, criaram normas proibitivas das cláusulas abusivas, normas caracterizadas como de ordem pública e imperativa, impossibilitando que as partes transigissem sobre estas.

As cláusulas consideradas abusivas devem ser combatidas no sentido de coibir abusos e injustiças. Para o combate destas, existem procedimentos diversos, de natureza administrativa, judicial e legislativa.

3.4.1 Formas de Controle das Cláusulas Abusivas

O fornecedor de produtos e serviços, como visto, não pode promover a inserção de cláusulas abusivas. Neste sentido, surgiram algumas formas de controle: o administrativo, o legislativo e o judicial.

Controle Administrativo: é realizado por um órgão da Administração Pública. É um controle preventivo, pois consiste na valoração dos direitos e obrigações que decorrem da adesão. A administração tanto pode criar, formular as cláusulas, como pode homologá-las quando redigidas pelos interessados.

Neste último caso, sua anuência significa que as cláusulas estão corretas, contudo, ainda podem ser objeto de apreciação pelo Judiciário se houver conflito de interesses.

Insta ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor rejeitou o controle administrativo, embora houvesse tal previsão em seu projeto, só admitindo o controle judicial. Alguns doutrinadores defendem que o controle administrativo deveria ter sido aceito, uma vez que possui caráter mais amplo, já que haveria certeza da decisão e uniformidade de resultados, bem como não se faz necessário iniciativa da parte lesada e seu efeito é *erga omnes*. Havendo o controle preventivo também se evitaria a ocorrência de danos.

Guilherme Fernandes Neto (1991, p. 89), não se mostra favorável ao controle administrativo preventivo, veja-se:

Mas não advogamos um sistema que imponha um controle administrativo preventivo de todas as cláusulas contratuais gerais, antes que se inicie a sua utilização nos contratos de adesão, o que, a nosso ver, aumentaria ainda mais a intervenção estatal nos contratos; defendemos sempre um regime que permita aos que possuem legítimo interesse a invocação da tutela jurisdicional, para o controle abstrato de determinadas cláusulas consideradas abusivas, tal como as descritas no Código.

Controle Legislativo: o legislador para combater e controlar as cláusulas abusivas tem dois caminhos, quais sejam, o formal e o material.

O caminho formal tem por objetivo assegurar a ampla liberdade das partes contratantes, mas prima por requisitos como a exigência de conhecimento, a atenção e a reflexão por parte do aderente para que o acordado tenha eficácia. É um caminho perigoso, haja vista que seus limites são muito subjetivos e de difícil comprovação na prática. De outro lado, o controle material se revela de maneira positiva, pois o legislador determina o que pode estar presente no contrato e também o que não pode estar presente, ou seja, existe aqui a interferência direta do Estado a fim de que seja garantido o efetivo equilíbrio das relações contratuais.

O controle legislativo, embora não exclua outras formas de controle, é de vital importância para o direito positivo, pois deste decorre a proibição das cláusulas abusivas.

Controle Judicial: ocorre quando há a atividade jurisdicional, seja para corrigir ou eliminar cláusulas iníquas. Pode ser concreto quando uma determinada relação contratual é submetida à apreciação do Poder Judiciário ou abstrato, quando o Ministério Público promove ação requerendo a nulidade de uma cláusula, mesmo antes da utilização do contrato formulado no mercado.

Este tipo de controle, sob a forma concreta, dependerá sempre da iniciativa de uma parte lesada, pois a jurisdição só atua mediante provocação, e em se tratando de contrato de adesão, pode revê-los, interpretá-los ou ajustá-los a termos adequados.

Carlos Ferreira de Almeida, apud, Valéria Silva Galdino (2001, p.147) faz críticas ao controle judicial, como pode se inferir abaixo:

- controle judicial, quando aplicável aos casos concretos implica uma repetição desnecessária das ações judiciais, em consequência dos limites no caso julgado; em contrapartida, as decisões genéricas sobre as cláusulas dum certo contrato-tipo dificultam a defesa das situações particulares e deixam sem solução especial as cláusulas abusivas que não constem de contratos com fórmulas repetitivas; de qualquer modo o controle judicial é sempre 'a posteriori', pelo que os métodos preventivos se mostram mais eficazes;

Apesar dos apontamentos do doutrinador supracitado, o Código de Defesa do Consumidor adotou este sistema de controle em seu artigo 51, § 4º declarando a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas.

3.5 Da nulidade absoluta das cláusulas abusivas

O legislador, ao impor uma norma, impõe também uma sanção para aqueles que descumprem a mesma. A sanção é uma forma coercitiva de fazer cumprir a norma. Nas palavras de Valéria Silva Galdino (2001, p. 149):

A natureza dessas sanções nada mais é que o exercício do poder de polícia sobre as atividades desenvolvidas pelos fornecedores, constituindo uma espécie de defesa do consumidor. Trata-se, na prática, de um sistema de prevenção, ou seja, meio pelo qual a Administração Pública faz um controle de qualidade externo dos fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor escolheu como modalidade de sanção para coibir as cláusulas abusivas, a nulidade absoluta. Assim, tais institutos não

têm efeito algum porque a nulidade se reveste de caráter de ordem pública. A nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, a não ser que sua ausência acarrete grande ônus a qualquer das partes, mesmo se tentando a integração.

Interessante esta norma contida no artigo 51, § 2º do referido diploma porque se percebe que o legislador primou pelo princípio da conservação dos contratos.

Na presença de uma cláusula considerada abusiva, o aderente não precisa aguardar a sentença para deixar de cumprir esta, mas ao contrário, pode descumpri-la. A declaração, porém, tem efeito *ex tunc*, e a cláusula nunca se integra ao contrato, nem mesmo produz efeitos jurídicos.

Coerente esta norma, haja vista que não pode o aderente ficar obrigado a obedecer a uma cláusula que fira seus direitos.

3.6 Cláusulas identificadas pela jurisprudência

Anteriormente ao advento do Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em 11 de setembro de 1990, os Tribunais pátrios embasavam suas decisões nos princípios da boa-fé, do enriquecimento sem causa, do equilíbrio contratual, da transparência, da proteção da confiança despertada ou ainda no Código Civil de 1916, porque os princípios são fontes do direito e eram primordiais para enriquecer as decisões de forma que elas trouxessem para a sociedade um pouco de equilíbrio e justiça contratual.

Com a entrada em vigor da mencionada lei, ocorreu uma renovação no direito civil, especialmente no que reporta à teoria clássica dos contratos. Contudo, ainda hoje, em se tratando de relações de consumo, nem todas as linhas jurisprudenciais estão pacificadas, mas se pode perceber claramente o avanço obtido pelos tribunais, bem como a contribuição desta lei.

Como já exposto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor traz um rol exemplificativo das cláusulas abusivas no artigo 51, como se pode observar em seu caput que diz “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:”.

Observe-se que o legislador usou a expressão “entre outras”, o que vem afirmar que as relacionadas no dispositivo legal em comento não são as únicas. Neste sentido, muito importante o trabalho jurisprudencial, pois identifica e

qualifica outras cláusulas como abusivas e para tanto as divide em dois grupos, a saber, cláusulas limitativas dos direitos do consumidor e cláusulas desequilibradoras da relação contratual específica.

Face a esses dois grupos de cláusulas, o trabalho jurisprudencial é facilitado, haja vista que se identifica uma cláusula abusiva sempre que ela limitar os direitos do consumidor, seja porque este não pode manifestar sua vontade, seja porque o fornecedor se furta em cumprir com um direito garantido ao mesmo, ou ainda porque o consumidor foi induzido pela necessidade ou por erro a aceitar o contrato; e também quando a cláusula for desequilibradora da relação contratual, isto é, quando há grandes obrigações para uma das partes e para outra, o lucro, ao ponto de se tornar insuportável ou impossível o cumprimento da obrigação pactuada. Não se admite que o contrato possa trazer ônus excessivo para o consumidor, ainda que ele tenha assumido esta obrigação contratualmente, porque os princípios do direito do consumidor restariam inúteis.

Na medida em que a sociedade evolui, modificam-se as relações interpessoais e cabe à jurisprudência, que também é fonte do direito, atualizá-lo, de forma que se tenha a segurança jurídica esperada. Em direito do consumidor, principalmente em se tratando de cláusulas abusivas, o papel da jurisprudência tem sido essencial, como se pode observar no exposto das espécies de cláusulas abusivas.

3.7 Cláusulas abusivas nos contratos de adesão

Com o surgimento dos contratos de adesão, que visam atender às contratações em massa, emergem também problemas, uma vez que a vontade do aderente se limita a aceitar ou não as cláusulas pré-estabelecidas pela parte estipulante.

Custodio da Piedade Ubaldino Miranda (2002,p.167) conceitua:

Dá-se a designação de cláusulas abusivas, nos contratos de adesão, a um conjunto de estatuições, contidas em regra nas condições gerais, que podem ser predispostas pelo contratante que as formula e que, redundando em seu exclusivo benefício, são de molde a gerar significativo desequilíbrio contratual.

A princípio, parece fácil e lógico dizer que o aderente tem a escolha e pode, não concordando com as cláusulas ali estabelecidas, rejeitar o contrato. Porém quando se trata especificamente de relações consumeristas é mister considerar que nem sempre a escolha é justificada, pois há a necessidade de adquirir o produto ou o serviço, ou seja, a participação do consumidor é praticamente nula.

Deve se considerar também que o consumidor é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação, pois não possui poder técnico nem econômico e, ainda, no mais das vezes, não tem o necessário entendimento pra conhecer das implicações que as cláusulas pré-formuladas podem lhe acarretar.

Há que se atentar, por último, que o fornecedor de produtos ou serviços visa o lucro e, portanto, não pode abusar da faculdade de pré-estabelecer as cláusulas em um contrato para enriquecer ilicitamente à custa da necessidade ou ignorância do consumidor.

Não raro são encontradas em contratos de adesão cláusulas não comutativas, cláusulas que impõem ônus excessivo ao consumidor, informações insuficientes sobre o negócio pactuado, redação equivocada ou ambígua das cláusulas, fixação de sancionamentos indevidos ou desproporcionais, previsão de exoneração de responsabilidade do estipulante, transferência de responsabilidade a terceiros, entre outras.

Bem da verdade, as cláusulas abusivas não são somente encontradas em contratos de adesão, mas esses são seus principais veículos, uma vez que sendo mínima a participação do consumidor, abre-se margem para que o fornecedor as inclua em maior escala. Contudo, o tratamento conferido pela lei é o mesmo, independentemente do contrato em que se encontre. Isto é, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e sempre que houver dúvida, omissões, divergências ou obscuridade, o aplicador da lei deve interpretá-las favoravelmente ao consumidor, justamente porque a participação deste se resume tão somente a aceitar as cláusulas em bloco.

Os contratos de adesão embora muito facilitadores, porquanto agilizam as relações negociais, também trazem grandes e graves afrontas aos direitos do consumidor, merecendo tratamento específico por parte dos legisladores pátrios, para que não houvesse a necessidade de o consumidor recorrer ao Judiciário

para conseguir a declaração de nulidade da cláusula que lhe prejudica e afronta seus direitos, porque quando isso ocorre já houve a lesão.

Muitos são os casos em que o consumidor prefere arcar com o ônus a recorrer ao Judiciário, em razão da morosidade a este imputada e também por não possuir o conhecimento de que a cláusula ali inserida é nula.

CONCLUSÃO

Sendo o objetivo deste trabalho o estudo das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, conclui-se que, estes instrumentos contratuais surgem da necessidade que tinha a sociedade de agilizar as relações comerciais, de modo que houvesse maior circulação de mercadorias e serviços.

É indiscutível que os contratos de adesão trazem muitas vantagens posto que se consegue grande economia de tempo pelo fato de um único modelo contratual ser utilizado para várias relações. Porém, estes também acarretam desvantagens, na medida em que a elaboração das cláusulas é feita apenas pelo fornecedor, este instrumento acaba sendo utilizado mais pra atender aos interesses deste do que aos direitos do consumidor.

Os contratos de adesão são constantemente utilizados para negociações em que os princípios contratuais são feridos, uma vez que, no mais das vezes, entre as cláusulas pré-elaboradas existem muitas tidas como abusivas, pois desequilibram sobremaneira a relação contratual, seja onerando excessivamente o consumidor ou suprimindo seus direitos.

Embora as cláusulas abusivas não se encontrem presentes somente nos contratos de adesão, cabe destacar que estes são os maiores veiculadores daquelas, justamente pelo fato de o consumidor somente manifestar sua vontade quando do aceite, fato que dá margem para que o estipulante, numa visão individualista, busque somente seus interesses ainda que em detrimento dos direitos do aderente.

Portanto, é importante que se busque a justiça social via o combate à inserção destas cláusulas e proteção ao consumidor, pois o Código de Defesa do Consumidor reza a nulidade absoluta destas cláusulas. Em outras palavras, tais insertos não geram nenhum efeito e, não estando o aderente obrigado a cumpri-las.

Só com o combate destas e com a proteção ao consumidor é que se alcançará o equilíbrio contratual, preservando-se assim, o princípio da igualdade entre as partes contratantes.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Azevedo. **Contratos inominados e atípicos e negócio fiduciário**. 3ª edição. Belém: Cejup, 1988.
- BITTAR, C. A.; GARCIA JÚNIOR, A. B.; FERNANDES NETO, G.. **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAPITANT, Henri. **Vocabulário Jurídico**. Buenos Aires : Depalma,1979.
- FIUZA, C. A. de C.; ROBERTO, G. B. S. **Contratos de adesão de acordo com o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2002.
- FONSECA, J. B. L. da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GALDINO, V. S. **Cláusulas abusivas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GODOY, Luiz Bueno de. **Função Social Do Contrato**.Guarulhos: Saraiva,2004.
- GOMES, O. **Contratos**. 23ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **O. Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- LÔBO, P. L. N. **Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA, C. da P. U. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.
- NERY JR., Nelson. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ª edição. Rio de Janeiro: forense Universitária, 1999.
- ROSA, Josimar Santos. **Contrato de Adesão**. São Paulo: Atlas,1994.
- TELLES, I. G. **Manual dos contratos em geral**. 4ª. ed., atual. Coimbra: Coimbra, 2002.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil-Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 2^o edição. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.