

MEMORIA

OBLIGACIONES

CONTRATOS • RESPONSABILIDAD

GRUPO PARA LA ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

Universidad
Externado
de Colombia

125
Años

*Cristiano de Souza Zanetti**

OS CONTRATOS CIVIS POR ADESÃO
NO DIREITO LATINO-AMERICANO**

SUMÁRIO: 1. Escorço histórico. – 2. O contrato por adesão. – 3. Contribuição européia. – 4. Repercussão recente no direito brasileiro. – 5. Os contratos civis por adesão. – 6. Contribuição latino-americana. – 7. Regra fundamental. – 8. Direitos resultantes da natureza do negócio. A. Preservação do sinalagma. B. Exclusão de responsabilidade. C. Normas dispositivas. – 9. Limite à intervenção. – 10. Conclusão.

1. ESCORÇO HISTÓRICO

O mundo do final do séc. XVIII era essencialmente rural. Com exceção a algumas poucas áreas industriais e comerciais realmente desenvolvidas, quatro em cada cinco europeus eram camponeses. De acordo com os padrões contemporâneos, somente duas cidades poderiam ser consideradas grandes: Londres, com aproximadamente 1 milhão de habitantes, e Paris, com cerca de 500 mil.

* Profesor asociado de Derecho Civil de la Universidad de Sao Paulo, Brasil.

** O presente texto retoma, sob nova perspectiva, temas trabalhados no livro *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*, São Paulo, Método, 2008. O autor colhe a ocasião para agradecer à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, a Fapesp, pelo apoio à participação na *Segunda Reunión de Trabajo del Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*, levada a efeito entre 28 e 30 de setembro de 2009, na *Universidad Externado de Colombia*, ocasião em que foram defendidas as idéias constantes do artigo ora publicado.

—Nesse mesmo período, precisamente em 1789, Robert Owen, ex-ajudante de um vendedor de tecidos, tomou um empréstimo de 100 libras esterlinas em Manchester, Inglaterra, para iniciar seu negócio. Por volta de 1809, ele comprou a parte de seus sócios nas fábricas de New Lanark por 84 mil libras, pagas em dinheiro vivo. Entrementes, menos de 15% das famílias britânicas tinham uma renda superior a 50 libras por ano; apenas 25% auferiam mais de 200 libras.

Na década de 1840, o comércio internacional havia se multiplicado 4 vezes, para atingir um volume de 800 milhões de libras. Por volta de 1814, a Grã-Bretanha exportava cerca de 4 jardas de tecidos para cada 3 usadas internamente. Na década de 1850, 13 para cada 8. Em 1820, a Europa, livre das guerras napoleônicas, adquiriu 128 milhões de jardas de tecidos de algodão britânico. Descontados negócios concluídos os Estados Unidos, os países da América, África e Ásia compraram 80 milhões. Em 1840, a Europa importou 200 milhões de jardas e os países menos desenvolvidos 529 milhões.

A quantidade de algodão bruto importada pela Grã-Bretanha subiu de 11 milhões de libras-peso em 1785 para 588 milhões em 1850. Nesse mesmo intervalo, a produção de tecidos saltou de 40 milhões para 2.025 milhões de jardas. A tração animal foi paulatinamente substituída pelas ferrovias, que já em 1830 atingiam a velocidade de 96 quilômetros por hora. Nas primeiras décadas do novo meio de transporte, entre 1830 e 1850, a produção de ferro na Grã-Bretanha subiu de 680.000 para 2.250.000 toneladas. Em 1830, havia pouco mais de uma dezena de quilômetros de ferrovias, basicamente a linha entre Liverpool e Manchester. Por volta de 1840, os trilhos somavam 7 mil quilômetros; 10 anos depois, chegavam a 37 mil. Nesse mesmo decênio, a produção industrial reclamou a extração de 640 milhões de toneladas de carvão. Não muito mais tarde, em 1851, a população urbana ultrapassou a rural na Inglaterra.

No final da década de 1840, a economia britânica utilizava a força de 1 milhão de cavalos em suas máquinas a vapor, produzia 2 milhões de jardas de tecidos de algodão por ano e recolhia quase 50 milhões de toneladas de carvão. Seu comércio exterior girava em torno de 170 milhões de libras anuais. Entre 200 a 300 milhões de libras britânicas encontravam-se investidas ao redor do mundo: 25% nos Estados Unidos e praticamente 20% na América Latina.

'Indústria', 'industrial', 'fábrica', 'classe média', 'classe trabalhadora', 'capitalismo' e 'socialismo' são palavras que foram inventadas ou ganharam seu sentido atual no período compreendido entre 1780 e 1840. A dificuldade de se imaginar o mundo em que vivemos sem esses conceitos evidencia que a revolução industrial promoveu uma das maiores transformações da história humana, comparável à invenção da agricultura, da metalurgia, da escrita e da cidade¹.

Como não é difícil imaginar, o novo estado de coisas repercutiu na prática contratual. A comercialização de produtos e serviços em série reclamava o desenvolvimento de um modo mais célere de contratar, coerente com a padronização que passara a caracterizar a atividade empresarial. No séc. XIX, surgiu então uma nova técnica de conclusão de contratos. Todo o conteúdo do negócio passou a ser estipulado pelo empresário. Cabia ao adquirente apenas decidir sobre a conveniência da contratação, sem que lhe fosse dado discutir os termos do negócio. Era pegar ou largar².

O novo modo de contratar proporcionava manifestas vantagens econômicas. A simplificação praticamente eliminava

1 Cfr. E. J. HOBBSBAWN. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*, 17.^a ed., MARIA TEREZA LOPES TEIXEIRA e MARCOS PENCHEL (trads.), São Paulo, Paz e Terra, 2003, pp. 28, 59, 61, 64, 73, 82 e 410, fonte de todas as considerações de cunho histórico a propósito da revolução industrial.

2 Cfr. C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 15 e 16.

os custos de negociação e, com isso, aumentava a liberdade do empresário para definir sua política de preços. A técnica contratual então nascente favoreceu a expansão da atividade empresarial e permitiu que mais e mais pessoas tivessem acesso a produtos e serviços, cujo aproveitamento viria mesmo a caracterizar o modo de vida da parte ocidental do globo. A diminuição dos custos tendia a favorecer o mercado como um todo. O ganho de escala obtido pelos empresários permitia que os produtos e serviços fossem comercializados por valores mais baixos, sem que isso reduzisse sua margem de lucro.

Nem sempre, porém, o poder de estipular todo o conteúdo contratual, forjado pelas circunstâncias, foi manejado com o escopo de otimizar o tráfico negocial. Não tardou para que os empresários percebessem a possibilidade de transferir parte importante dos riscos do negócio para quem pretendesse se valer de seus produtos e serviços. Sem forças para discutir os termos do contrato, restava apenas aos adquirentes assistir à reprodução de cláusulas contrárias a seus interesses e, por vezes, incompatíveis com o negócio efetivamente celebrado.

A nova prática empresarial chamou a atenção dos juristas que, primeiro, discutiram sua exata natureza jurídica e, depois, passaram a debater como restabelecer o equilíbrio entre as partes que havia sido tolhido pelo advento da revolução industrial. Seguiu o interminável trabalho de buscar a solução mais justa, que, conforme se percebia de maneira particularmente aguda, não correspondia à prática determinada pela parte que dispunha de maior poder econômico³.

3 "Io ritengo che, di fronte a problemi giuridici nuovi, bisogna essere aperti, e contemporaneamente credo non si possa non essere tradizionalisti e attenti alla *ratio* prima del diritto: gli uomini (*hominum causa omne ius constitutum est*). Si tratta di cercare la soluzione più giusta, che non è necessariamente quella seguita dalla prassi trascinata dall'economicamente più forte nella dinamica del commercio internazionale attuale. Il lavoro del giurista del sistema romanista è un lavoro di incanalamento, di argini, di costruzione di continuità anche nella innovazione: un lavoro

2. O CONTRATO POR ADESÃO

No âmbito do direito romano-germânico, os franceses foram os primeiros a se ocupar do tema. A monografia em que RAYMOND SALEILLES deu nome à nova técnica repercutiu na doutrina posterior, levando-a a enfrentar a questão fundamental de saber se os negócios concluídos dessa forma efetivamente poderiam ser qualificados como contratos⁴. O problema central era precisar se havia espaço suficiente para a efetiva formação de consenso a respeito do conteúdo do negócio.

Depois de largo debate, a conclusão foi positiva. Os juristas então entenderam que a possibilidade de decidir a respeito da celebração do negócio era suficiente para que fosse preservada sua natureza contratual⁵. Na linguagem contemporânea, haveria liberdade de contratar, ou seja, de celebrar ou não o negócio, embora não houvesse efetiva liberdade contratual, ou seja, de determinação do conteúdo da avença.

Tradicionalmente, na esteira do pensamento de SALEILLES, a doutrina qualifica tais negócios como 'contratos de adesão'. A expressão servia a por em evidência que, nessa modalidade de negócio, as cláusulas são predispostas por uma das partes, de modo que à outra resta apenas a decisão de aderir ou não ao conteúdo proposto, sem que haja espaço para efetiva dis-

critico, che vaglia l'esperienza che scaturisce dalla varietà della vita e della storia alla luce dei 'principi', della *ars boni et aequi*, naturalmente senza staccarsi della realtà, ma altresì senza rinunciare al suo ruolo ed al suo spazio in tale realtà" (S. SCHIPANI. "Unità e specificità del Sistema giuridico latinoamericano e 'Principi di Unidroit': cenni per un programma di lavoro", in M. J. BONELL e S. SCHIPANI (cur.), "Principi per i contratti commerciali internazionali" e il sistema giuridico latinoamericano, Padova, Cedam, 1996, pp. 322 e 323).

4 Cfr. R. SALEILLES. *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, pp. 229 e 230. A propósito do debate francês a respeito do pensamento do jurista, cfr. C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, cit., p. 18, nota 11.

5 Cfr. C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, cit., pp. 99 a 137.

cussão a propósito. Mais recentemente, porém, tem-se preferido descrever a figura como 'contrato por adesão', por elipse a 'contrato concluído por adesão'. Trata-se de expressão que define de modo mais preciso a técnica contratual desenvolvida com o advento da massificação dos produtos e serviços. A adesão é uma forma de contratar e não um tipo contratual⁶. Em verdade, não se pode cogitar de contrato de adesão como se pertencesse à mesma classificação que contempla os contratos de compra e venda, de locação, de mútuo e assim por diante. A categoria 'contrato por adesão' contrapõe-se à do contrato concluído por 'mútuo acordo', na qual as partes definem em conjunto o conteúdo do negócio pactuado. Daí a vantagem de empregar a locução 'contrato por adesão', que remete a um modo de contratar, ao invés de 'contrato de adesão', que sugere a constância de dado conteúdo negocial. Suas partes são, de um lado, o predisponente e, de outro, o aderente.

A nota característica do contrato por adesão é predisposição de cláusulas, normalmente destinadas a um número indeterminado de interessados⁷. Não há margem para discussão de

6 "I contratti per adesione non sono un tipo contrattuale: essi sono un modo di formazione del contratto, nel quale si usano formulari, modelli uniformi: sono caratterizzati dal fatto che di solito le clausole sono predisposte da una parte, e la formazione è rapida, perché la contro-parte sottoscrive le clausole predisposte, senza alcuna trattativa. Essi si possono adattare a qualsiasi tipo contrattuale: vendita, trasporto, somministrazione, conto corrente, locazione, assicurazione; e, ovviamente, anche ai tipi speciali: *leasing*, ecc." (G. ALPA. *Corso di Diritto Contrattuale*, Padova, Cedam, 2006, p. 32).

7 "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" (C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, cit., p. 27).

seu conteúdo fundamental, embora às vezes seja possível debater uma ou outra cláusula secundária, o que não impede sua caracterização como negócio concluído por adesão. Pode, claro, ocorrer que as modificações assumam tamanha importância a ponto de desnaturalizar a adesão. Não há dúvida, contudo, de que se trata de situação rara, de difícil ocorrência.

O contrato por adesão contrapõe-se ao contrato negociado. Há, claro, espaço para figuras intermediárias, nas quais parte do negócio é composto por cláusulas predispostas e parte por estipulações negociadas. Caso as estipulações negociadas não sejam importantes, prevalece a disciplina do contrato por adesão. Se o forem, devem ser observadas as regras aplicáveis aos contratos em geral⁸. Não desnatura a adesão o fato de o contrato ser elaborado especificamente para determinada pessoa. O fundamental é que não lhe seja dada a possibilidade de discutir os pontos relevantes do conteúdo da avença⁹.

8 "Pode dizer-se que, do lado do formulador, há uma promessa irrevogável de contratar, tanto assim que o aderente, uma vez levada ao conhecimento do público a declaração do estipulante com as condições gerais, por meio legalmente idôneo, tem um direito potestativo de aceitação dessa promessa. O que o aderente não pode, ao contrário do que ocorre no contrato negociado, é fazer uma contraproposta, no sentido de alterar a proposta inicial, ainda que se lhe adite uma ou outra cláusula, mantendo-se a proposta do formulador, tal como inicialmente emitida, tanto no essencial, quanto em suas determinações secundárias relevantes" (C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, cit., p. 25).

9 "[...] devono tenersi logicamente distinti il profilo dell'adesione e quello della standardizzazione. Il profilo dell'adesione (mancanza di trattativa sul contratto, sua imposizione unilaterale) deriva fundamentalmente dall'*ineguaglianza di potere contrattuale delle parti*: il contraente più forte 'detta legge' al contraente più debole. Questo è un *dato fisiologico del contratto*. Esso prescinde dalla standardizzazione: si manifesta anche in epoche che non erano di economia massificata, e oggi si manifesta anche al di fuori della contrattazione standardizzata, in relazione a contratti personalizzati" (V. ROPPO. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 42).

3. CONTRIBUIÇÃO EUROPÉIA

Embora originalmente tenham sido os franceses a se ocupar dos contratos por adesão, coube aos italianos a primeira iniciativa de cunho legislativo destinada a discipliná-los¹⁰. Especificamente, o Código Civil italiano de 1942 tratou dos negócios concluídos pela aceitação das 'condições gerais de contrato'. No seu art. 1341, subordinou sua eficácia ao prévio e efetivo conhecimento das estipulações pelo destinatário da oferta. Por outras palavras, as cláusulas contratuais gerais somente são vinculantes na península se seus termos forem realmente franqueados ao aderente. A segunda parte do dispositivo aprofunda a tutela, pois requer a aprovação expressa do aderente para as cláusulas que estabeleçam em favor do predisponente: a limitação de responsabilidade; a faculdade de extinguir o contrato ou de suspender sua execução; a limitação da faculdade de opor exceções; a restrição da liberdade contratual nas relações com terceiros; a prorrogação tácita ou renovação do contrato; e, por fim, a derrogação da competência da autoridade judiciária para apreciar litígio oriundo do negócio jurídico.

São regras interessantes e por certo pioneiras. Deve-se notar, entretanto, que versam sobre a formação do contrato e não propriamente sobre o respectivo conteúdo. A eficácia das cláusulas está exclusivamente condicionada à observância do dever de informar pelo predisponente. O aderente que as conhece e aceita não pode discuti-las mais tarde. Para determinadas cláusulas, consideradas especialmente problemáticas, o *Codice* limita-se a exigir a aprovação em apartado do aderente, o que, no final, reduz-se à necessidade de assinar o contrato mais de uma vez.

¹⁰ Cfr. R. SACCO e G. DE NOVA. *Il contratto*, t. 1, 3.^a ed., Torino, UTET, 2004, p. 361.

De acordo com os parâmetros atuais, o regramento do Código Civil italiano é tímido, pois não limita o conteúdo do contrato, mas apenas assegura que o aderente tenha prévio conhecimento dos termos da avença. Sua insuficiência é sobejamente reconhecida pela doutrina peninsular hodierna¹¹.

Os esforços dos juristas europeus prosseguiram e, em 9/12/1976, foi editada a *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, conhecida como *AGB Gesetz*, igualmente destinada a disciplinar os negócios concluídos por adesão ao que qualificou como 'condições gerais de negócio'. Mais tarde, precisamente em 1º de janeiro de 2002, a lei foi incorporada aos §§ 305 a 310 do Código Civil alemão, o BGB. O título do § 307 põe em evidência a principal diferença do esforço germânico quando comparado ao italiano: *Inhaltskontrolle*, ou seja, controle de conteúdo. De acordo com o regramento inaugurado pela *AGB Gesetz*, o prévio conhecimento das cláusulas por parte do aderente não é suficiente para que os termos do contrato sejam legais. Diversas cláusulas são especificamente proibidas e, talvez ainda mais importante, é imposta ao predisponente a obrigação de compartilhar as vantagens contratuais em observância ao princípio da boa-fé.

¹¹ Cfr. H. KÖTZ e S. PATTI. *Diritto Europeo dei Contratti*, Sabine Buchberger (trad.), Milano, Giuffrè, 2006, p. 247; C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, vol. III: *Il contratto*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 369. A crítica de GIORGIO DE NOVA é particularmente precisa: "L'apparato di controllo predisposto dal codice civile nei confronti delle condizioni generali di contratto, e in particolare delle clausole vessatorie, non è adeguato, e ciò perché il problema delle condizioni generali non sta nel fatto che l'aderente non conosce o non riflette, ma sta nel fatto che l'aderente non è in grado di ottenere la modificazione delle clausole predisposte dall'altro contraente. E così l'aderente, come sottoscrive il contratto, sottoscrive appositamente le clausole vessatorie" (R. SACCO e G. DE NOVA. *Il contratto*, cit., t. I, p. 381).

A *AGB Gesetz* teve importante repercussão na Europa. O direito português, por meio do Decreto-lei 446, de 25/10/1985, igualmente regra os contratos concluídos pela aceitação de cláusulas contratuais gerais. O texto dos dispositivos de direito material foi elaborado por MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. A lei portuguesa adota terminologia mais adequada, pois se refere a 'cláusulas contratuais gerais' e não a 'condições gerais de contrato', como ocorre no *Codice*, nem a 'condições gerais de negócio', como se dá no BGB. Por força da tradição, a palavra condição indica evento futuro incerto e, como tal, não é recomendável sua utilização para identificar as estipulações de um contrato. Da mesma forma, não seria conveniente empregar a expressão 'cláusulas gerais', sob pena de gerar confusão com as normas de abertura do sistema jurídico, como a boa-fé¹².

4. REPERCUSSÃO RECENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Como ocorreu amiúde ao longo da história, os resultados da ciência jurídica europeia aproveitaram aos estudiosos do direito latino-americano. No Brasil, os autores do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, reconhecem a *AGB Gesetz* e o Decreto-lei português 446, de 25/10/85, entre as principais fontes de inspiração das regras relativas ao controle de conteúdo dos contratos concluídos entre fornecedores e destinatários finais de produtos e serviços¹³. Afirmou-se, inclusive, que o crescimento do número de contratos concluídos por adesão reclamaria a intervenção do Estado para evitar que a parte mais

fraca fosse prejudicada pela excessiva liberdade contratual dos predisponentes¹⁴.

O Código de Defesa do Consumidor se ocupa do conteúdo dos contratos e, em seu art. 51, prevê a sanção de nulidade para as estipulações que contrariem seus termos. São proibidas, em primeiro lugar, as cláusulas que exonerem, atenuem ou transfiram a responsabilidade do fornecedor, nos termos do art. 51, incs. I e III. Admite-se, porém, que a indenização seja limitada nas relações entre pessoas jurídicas, desde que seja apresentada fundada justificativa. De acordo com os incs. I, II, VIII e XVI do art. 51, também são consideradas nulas as cláusulas que: impliquem renúncia ou disposição de direitos por parte do consumidor, subtraíam-lhe a possibilidade de obter o reembolso das quantias pagas; imponham-lhe representante para concluir negócio jurídico em seu lugar ou que possibilitem a renúncia à indenização por benfeitorias necessárias. Proíbe-se também ao fornecedor modificar unilateralmente o contrato, notadamente se pretende promover a variação do preço pactuado, de acordo com os incs. XIII e X.

Há ainda vedações que são impostas ao fornecedor apenas se igual direito não for conferido ao consumidor. Nesse sentido, conforme dispõem os incs. IX, XI e XII do art. 51, são proibidas as cláusulas que: deixem apenas ao fornecedor a opção de concluir o contrato; o autorizem a cancelar a avença unilateralmente ou lhe permitam ressarcir-se dos custos incorridos para cobrar a execução das prestações que entende lhe serem devidas, sem que, vale insistir, o destinatário final de produtos ou serviços não disponha de igual prerrogativa.

12 Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais gerais: anotações ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 5, 18 e 38.

13 Cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 366. Os comentários relativos às regras contratuais são de autoria de NELSON NERY JR.

14 "Isso porque as regras tradicionais do direito privado, fundadas na dogmática liberal do século XIX, não mais atendem às necessidades das relações jurídicas de hoje, notadamente em se tratando de negócios jurídicos de massa sob a forma de contratos padronizados e de adesão" (A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., p. 346).

Além das regras de cunho processual, constantes dos incs. VI e VII, e da vedação ao desrespeito às normas ambientais, prevista no inc. XIV, o texto do art. 51 apresenta disposições que conferem margem para que as cláusulas contratuais sejam consideradas nulas mesmo que não haja previsão específica na legislação. Isso, aliás, é antecipado pelo *caput* do art. 51, o qual evidencia que, “entre outras”, são nulas as cláusulas disciplinadas em seus incisos. De capital relevância é o inc. IV, que veda todas as estipulações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com os princípios da boa-fé e da equidade. O texto tem algo de repetitivo, pois não há dúvida de que a desvantagem somente deverá ser considerada excessiva se não corresponder aos ditames da equidade e da boa-fé.

No § 1.º do art. 51, presume-se exageradas as vantagens conferidas ao fornecedor que restrinjam os direitos ou obrigações fundamentais à natureza do contato, a ponto de ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual. Também são assim consideradas as cláusulas que sejam excessivamente onerosas para o consumidor, tendo em vista a natureza e o conteúdo do contrato, os interesses das partes e as demais circunstâncias relevantes do caso. O dispositivo legal ainda presume exagerada a vantagem que ofenda os princípios fundamentais do sistema jurídico o que, naturalmente, remete à necessidade de considerar de maneira sistemática toda a disciplina do direito do consumidor. Não fosse suficientemente clara a regra, o art. 51, inc. XV, dispõe praticamente no mesmo sentido, pois reputa abusiva toda cláusula que esteja “em desacordo com o sistema de proteção do consumidor”.

O regramento das cláusulas abusivas limita de maneira incisiva a liberdade contratual no âmbito das relações de consumo. Existem não apenas cláusulas particularmente vedadas, como ainda são proibidas todas as estipulações que sejam contrárias à equidade e à boa-fé ou que, de alguma outra

forma, estejam em desacordo com as regras de proteção do consumidor. Como conseqüência, é de se admitir não apenas o controle abstrato do conteúdo contratual, mas também o casuístico, fundado na análise da adequação das cláusulas de dado negócio concreto ao sistema de proteção do destinatário final de produtos ou serviços¹⁵.

O Código de Defesa do Consumidor cuida ainda especialmente dos contratos por adesão. Dada a demora do Código Civil para entrar em vigor, a lei do consumidor foi a primeira a tratar do tema no direito brasileiro¹⁶. Sua disciplina não é especialmente minuciosa no que diz respeito aos limites da liberdade contratual, pois o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em prever restrições que valem para todas as relações de consumo e não apenas para aquelas concluídas por adesão¹⁷. Assim, o regramento destina-se fundamentalmente a definir o contrato por adesão como aquele cujas cláusulas são aceitas pelo consumidor, sem que lhe seja dado a oportunidade de discuti-las, seja porque foram aprovadas pela autoridade competente, seja porque estabelecidas de modo unilateral pelo fornecedor de produtos ou serviços, nos termos do *caput* do art. 54.

O § 1.º toma o cuidado de refinar o conceito, pois esclarece que a inserção de cláusulas pactuadas no formulário não basta a descaracterizar a adesão. O objetivo é evitar que a inclusão de

15 Cfr. C. P. U. MIRANDA. *Contrato de adesão*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 216.

16 Cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., p. 359.

17 “O fato de as cláusulas abusivas serem mais freqüentes nos contratos de adesão não significa que a proteção do consumidor deva dar-se somente nessa forma de conclusão de contrato. Havendo cláusula considerada abusiva pelo CDC, é irrelevante tratar-se de contrato de adesão ou ‘contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*): é suficiente que seja a relação jurídica de consumo para que o negócio jurídico receba proteção contra as cláusulas abusivas” (A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., p. 365).

cláusulas manuscritas ou datilografadas impeçam a aplicação da normativa própria ao contrato por adesão, pois, como regra, a promoção de tais modificações não altera substancialmente o modo de conclusão do negócio¹⁸. Pode, claro, ocorrer que as modificações assumam tamanha importância que reste afastada a adesão. Não há dúvida, contudo, de que se trata de situação pouco freqüente. A presunção é justamente em sentido contrário, como indica o § 1.º, do art. 54. Pouco adiante, nos §§ 3.º e 4.º, vem disciplinado o dever de informar do predisponente, pois os contratos devem ser redigidos em modo claro, com especial destaque para as cláusulas que limitem os direitos do consumidor, sob pena de serem ineficazes.

Com relação ao conteúdo, dispõe-se no § 2.º que a cláusula resolutória somente é admitida em caráter alternativo, ou seja, desde que seja conferido ao consumidor o direito de optar pela execução específica das obrigações pactuadas ou por outra solução que lhe permita satisfazer seus interesses, como, por exemplo, o cumprimento por parte de terceiro. Ressalva-se ainda o direito de o consumidor obter a restituição dos pagamentos feitos, descontados os proveitos que auferiu durante a execução do contrato. Além disso, há apenas a previsão do art. 18, § 2.º, que impõe a pactuação em separado de cláusula que reduza ou amplie o prazo para obter a substituição de produto viciado, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

5. OS CONTRATOS CIVIS POR ADESÃO

A iniciativa de intervir no conteúdo contratual, levada a efeito pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, é digna de nota. Os contratos celebrados com os consumidores são os mais numerosos na sociedade contemporânea. Suas particularidades não podem ser ignoradas pelos juristas, so-

18 Cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., p. 456.

bretudo porque, como ensina a história, o poder contratual dos empresários tende a reduzir ao mínimo a liberdade dos destinatários finais de produtos e serviços, inclusive para lhes transferir riscos que não raro são incompatíveis com o negócio celebrado.

Não surpreende, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro seja um modelo passível de aproveitamento por outros corpos normativos da região, como revelam, por exemplo, o art. 90 da Lei mexicana, de 1992; o art. 37 da Lei argentina, de 1993; e o art. 16 da Lei chilena, de 1997, com as modificações promovidas pela Lei 19955, de 14/7/04, todos destinados a disciplinar a intervenção do Estado no domínio contratual¹⁹. Ademais, a simplicidade do modo brasileiro de operar não deixa de ser sedutora: por força de seu art. 51, são nulas todas as estipulações proibidas.

Preocupados em discutir as relações de consumo, os juristas latino-americanos nem sempre, porém, parecem ter presente que há muitos contratos por adesão que são celebrados entre intermediários, ou seja, sem que haja, de um lado, um fornecedor, e, de outro, um destinatário final de produtos ou serviços.

Realmente, contrato por adesão e contrato de consumo não são termos coextensivos, como concluíram os estudiosos brasileiros reunidos na III Jornada de Direito Civil, realizada em dezembro de 2004, sob os auspícios do Conselho de Estudos da Justiça Federal²⁰. O predisponente pode não ser um fornecedor, como ocorre no caso do locador que propõe

19 O caráter modelar do Código de Defesa do Consumidor é reconhecido pela doutrina que se ocupa do direito latino-americano. Cfr. S. LANNI. *Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 512 a 514.

20 Esse o texto do enunciado 171: "Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo" [enunciado colhido no sítio [www.cjf.gov.br] em 26.12.2006].

ao locatário o clausulado elaborado por dada associação de proprietários de imóveis. Esse exemplo revela, inclusive, não se exigir que o texto seja preparado por uma das partes para que se cogite de contrato por adesão. Dentre os contratos por adesão que não disciplinam relações de consumo, a hipótese mais comum, todavia, é a do negócio concluído entre sociedades empresárias.

Não são nada raros, por exemplo, os casos em que uma sociedade empresária aceita em bloco as cláusulas predispostas para contrair empréstimo destinado ao desenvolvimento de sua atividade profissional ou para adquirir bens a serem incorporados em sua produção ou revendidos no mercado de consumo²¹. A bem da precisão terminológica, tais contratos serão qualificados como civis, em contraposição aos negócios submetidos ao regime especial do direito do consumidor. Tendo presente a tendência à unificação do direito das obrigações, recentemente operada no direito brasileiro com a edição do Código Civil de 2002, carece de sentido subdividi-los entre civis e comerciais, como poderia ter ocorrido no passado.

6. CONTRIBUIÇÃO LATINO-AMERICANA

Para intervir no conteúdo dos contratos civis por adesão, os juristas latino-americanos naturalmente podem se aproveitar do desenvolvimento científico europeu, sobretudo da *AGB Gesetz*, ora incorporada ao *BGB*, e do Decreto-lei 446, de 25 de outubro de 1985, português, uma vez que ambos também disciplinam as relações entre empresas.

O texto legal alemão trata dos negócios concluídos por adesão dentro e fora do mercado de consumo. Há, inclusive, posição doutrinária no sentido de que o texto da *AGB Gesetz* deveria ser aplicado a todos os contratos por adesão e não

21 Cfr. V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 905.

apenas àqueles concluídos por aceitação a cláusulas contratuais gerais²².

As regras contidas nos arts. 18 e 19 do Decreto-lei 446, de 25/10/1985, por sua vez, são destinadas à generalidade dos contratos concluídos por adesão e não apenas àqueles que disciplinam relações de consumo. Na sua redação original, o art. 15 era expresso ao permitir a aplicação da normativa às relações entre empresários; entre profissionais liberais ou entre uns e outros²³. Posteriormente, o texto foi modificado, mas a regra se manteve, como denota a epígrafe da Secção II do diploma legal português, destinada a reger “as relações entre empresários e entidades equiparadas”. Seu regime é distinto daquele empregado para disciplinar as relações de consumo, pois o conhecimento que os empresários normalmente detêm sobre o respectivo ramo de atividade impede que se encontrem na mesma situação de vulnerabilidade do consumidor. Ademais, deve-se preservar o dinamismo requerido pelo tráfico negocial nas relações entre profissionais, sob pena de incrementar de modo excessivo os custos de contratação, com conseqüências danosas para ambas as partes e para o mercado consumidor.

Destarte, a devida consideração do direito europeu permite afastar a conclusão apressada de que todos os contratos por adesão estariam confinados no âmbito do direito do consumidor. Chama a atenção, porém, o fato de que sequer seria necessário atravessar o oceano para evitar esse equívoco, dado

22 Nesse sentido, é a orientação defendida por LIEB e KRAMER (cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 452 e 453).

23 Eis o texto do dispositivo legal então em vigor: “Nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas qualidade e no âmbito da sua actividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção” (M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 37).

que há muito os juristas latino-americanos têm se ocupado dos contratos por adesão, inclusive daqueles que não são celebrados com consumidores.

Em particular, interessa referir que, por força das modificações promovidas pela Lei 6.015, de 7/12/1976, o Código Civil da Costa Rica disciplina em seu art. 1023 os contratos concluídos por adesão, compreendidos os negócios celebrados entre empresas. O mesmo se pode afirmar do Código Civil peruano, de 1984. Seus arts. 1398 e 1399 seguem os passos do legislador italiano para identificar cláusulas especialmente problemáticas e, em adição aos peninsulares, proibi-las em alguns casos. O Código Civil do Paraguai de 1985 e o Anteprojeto de Código Civil argentino, apresentado em 18/12/1998, respectivamente em seus arts. 691 e 968 a 970, são fontes igualmente importantes para se buscar a medida do justo no âmbito de tais negócios.

A essas contribuições, pode-se somar com proveito o atual Código Civil brasileiro, que contém norma especialmente destinada a disciplinar os contratos civis concluídos por adesão. De acordo com seu art. 424, são nulas todas as estipulações que impliquem renúncia antecipada do aderente aos direitos resultantes da natureza do negócio. O texto guarda relação com o art. 986 do Anteprojeto de Código Civil argentino, de 1988, e com os mais recentes projetos de unificação do direito dos contratos, a saber: o art. 3.10 dos Princípios Unidroit para os contratos internacionais do comércio, o art. 4:110 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e os arts. II 9:404 e 9:405 do *Draft Common Frame of Reference*, recentemente publicado.

A atenta consideração das contribuições européias e latino-americanas permite esboçar o regramento que, em atenção aos princípios, pode ser adotado para harmonizar o direito no âmbito do subcontinente. Na esteira da lição romana, procura-se seguir o critério meritório, em detrimento do meramente

quantitativo, pois às vezes a opinião de um só pode superar em algum ponto a dos melhores e mais numerosos²⁴.

7. REGRA FUNDAMENTAL

O recurso à natureza do negócio parece ser o critério mais adequado para estabelecer os limites consentidos à liberdade contratual no âmbito dos contratos civis por adesão. A proibição de determinadas cláusulas, ainda que seja mais simples, privaria as empresas da possibilidade de estruturar suas relações de maneira eficiente, e, como conseqüência, diminuiria a margem de proveito passível de ser compartilhada com o aderente. O estudo do direito comparado revela a freqüência com que a natureza do negócio tem sido empregada como parâmetro de aferição da abusividade

Da mesma forma que ocorre no direito brasileiro, adotado como parâmetro, o regramento alemão exige que se considere o contexto negocial concreto para que dadas cláusulas sejam proibidas nos contratos concluídos entre empreendedores. De acordo com os §§ 307 e 310 do BGB, são vedadas nos contratos por adesão concluídos entre empreendedores as estipulações que conduzam a uma desvantagem excessiva da parte fraca e, ainda, que sejam contrária à boa-fé, devidamente considerados os costumes e os usos que se observam no tráfico comercial. Para os demais contratos concluídos por adesão a cláusulas contratuais gerais, há estipulações proibidas de modo relativo, isto é, de acordo com o contexto negocial, e outras de modo absoluto, conforme prevêm os §§ 308 e 309 do BGB.

A lista de estipulações vedadas não aproveita de modo imediato aos contratos concluídos entre empreendedores, nos quais a proibição das cláusulas está sempre condicionada à prévia demonstração da violação, em concreto, da boa-fé objetiva, com a conseqüente geração de proveito excessivo

²⁴ Cfr. C. 1,17,1,6.

para o predisponente. O § 310 elucida, contudo, que a atenta consideração da boa-fé objetiva pode conduzir à inadmissibilidade das cláusulas previstas nos §§ 308 e 309. Nos contratos entre empreendedores, portanto, a lista funciona como uma diretriz para o aplicador, o que é por certo bastante útil para que seja aferido, em concreto, a abusividade de dada cláusula contratual²⁵. A existência de cláusulas potencialmente proibidas não elimina a necessidade de se examinar com atenção o negócio jurídico concreto e verificar, em cada caso, se, considerados os costumes e usos do tráfico, foram gerados proveitos excessivos para uma das partes em contrariedade aos ditames da boa-fé objetiva.

O Decreto-lei 446, de 25.10.1985, de Portugal apresenta regramento análogo, pois seu art. 19 reclama a prévia consideração do 'quadro negocial padronizado' antes que as cláusulas nele mencionadas possam ser consideradas proibidas. A doutrina esclarece que esse dispositivo não autoriza o casuísmo, pois se deve analisar o conjunto global das cláusulas gerais e não as particularidades do negócio concluído em concreto²⁶.

Na normativa lusa, o critério fundamental para aferir a abusividade é a boa-fé objetiva, *ex art.* 15. O art. 16 procura concretizar a referência à boa-fé objetiva, ao determinar que seja considerada a confiança suscitada nas partes pelo

sentido global das cláusulas gerais, bem como pelo processo de formação do contrato singular. Com esse mesmo propósito, dispõe que se deve ter em vista o objetivo a ser atingido pelas partes²⁷. À diferença do regramento alemão, o art. 18 do Decreto-lei 446 apresenta lista de estipulações proibidas de modo absoluto para todos os contratos concluídos por adesão a cláusulas contratuais gerais. A opção do legislador português certamente facilita o trabalho do intérprete, pois lhe basta constatar a existência de dadas cláusulas para declarar sua proibição. Corre-se o risco, todavia, de não se sopesar de modo adequado os termos do contrato concreto e, como consequência, interferir de modo açado no pactuado pelas partes. No art. 19, por sua vez, figuram as proibições cuja aplicação reclama prévia consideração do 'quadro negocial padronizado'.

O modelo alemão foi seguido mais de perto pelos Princípios de Direito Europeu dos Contratos. O art. 4:110 dos Princípios cuida das cláusulas que não tenham sido objeto de negociação individualizada, ou seja, daquelas cuja aceitação se deu por adesão à proposta apresentada. Tais cláusulas são inválidas se proporcionarem desequilíbrio significativo em desfavor do aderente, em contrariedade à boa-fé objetiva. A aferição do desequilíbrio deve ser feita tendo em conta a natureza da-

25 "È importante sottolineare che l'invalidità di una clausola compresa nell'elenco [§§ 308 e 309] può essere invocata soltanto dai contraenti che hanno stipulato il contratto in qualità di consumatori. Invero il giudice può decidere anche che sono invalide le clausole contenute in un contratto stipulato fra imprenditori a condizione che faccia ricorso unicamente alla 'clausola generale' [§ 307]. Le esperienze acquisite in Germania mediante questo sistema dimostrano che non di rado i giudici dichiarano invalide la clausole comprese in un 'elenco' anche se il contratto è stato concluso da imprenditori nel quadro della loro attività commerciale" (H. KÖTZ; S. PATTI. *Diritto Europeo dei Contratti*, cit., p. 258) [colchetes não originais].

26 Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 46.

27 "A necessidade de ponderar a materialidade da disciplina jurídica corresponde a outra vertente concretizadora da boa fé. Ela representa um combate antigo do direito contra o formalismo. No domínio contratual, importa que os deveres sejam efectivamente acatados, de molde a uma prossecução real dos interesses envolvidos. Há que evitar meros desempenhos formais, que apenas exteriormente correspondam aos valores em presença. As cláusulas contratuais gerais, através dos tipos negociais que prefigurem, indicam, no seu conjunto, os objectivos prosseguidos pelas partes. Esses objectivos devem obter realização prática. Em consequência, são opostas à boa fé e, assim, proibidas, as cláusulas que, sem justificação legítima, os contrariem, dificultem ou impeçam" (Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA; A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 41).

prestação, as outras cláusulas do contrato e as circunstâncias em que o mesmo foi concluído. Necessário, destarte, sempre examinar o caso concreto. Nos comentários ao dispositivo, os Princípios afirmam ser praticamente impossível apresentar um rol taxativo de cláusulas que sejam proibidas nos contratos concluídos entre profissionais. Reconhecem, entretanto, a possibilidade de se adotar como critério inspirador a lista de cláusulas abusivas prevista na Diretiva Comunitária 93/13, direcionada a reger os contratos de consumo. Da mesma forma que no direito alemão, propõe-se que haja um critério central, cuja aplicação pode ser subsidiada por um rol de cláusulas potencialmente vedadas.

O *Draft Common Frame of Reference* não discrepa em grande medida dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, texto que lhe serve de modelo. Seu art. II 9:405, aplicável para os contratos celebrados entre empresários, dispõe que as cláusulas não negociadas individualmente serão abusivas sempre que violarem a boa-fé e se desviarem manifestamente das boas práticas comerciais. De maneira semelhante, o art. II 9:404, referente aos contratos concluídos entre partes que não ajam como profissionais, reputa abusivas as cláusulas não-negociadas que, em contrariedade aos ditames da boa-fé, impliquem significativa desvantagem para o predisponente. Mais adiante, no art. II 9:407, o texto dispõe que diversos fatores devem ser levados em conta para aferir a abusividade da estipulação, a saber: a natureza do contrato, as circunstâncias de sua celebração, as demais cláusulas do contrato e, por fim, as cláusulas de outros contratos dos quais dependa a avença discutida. O art. II 9:410 relaciona as cláusulas presumidas ilícitas nos contratos por adesão concluídos com consumidores. Embora a lista não seja projetada para os contratos civis, nada impede seu emprego para subsidiar a aplicação das disposições gerais antes referidas, a exemplo do que ocorre no direito germânico, secundado pelos comentários aos Princípios de Direito Europeu dos Contratos.

Aproveita também considerar a propósito os Princípios Unidroit que, embora não apresentem um rol de cláusulas abusivas, nem façam menção àquelas previstas alhures, fornecem critério de valia para solucionar os casos concretos. O art. 3.10 permite anular as cláusulas que atribuam uma vantagem excessiva a uma das partes sem a devida justificativa. Para tanto, o mesmo dispositivo determina sejam considerados, dentre outros fatores, a natureza e o objetivo do contrato. Os comentários ao dispositivo são interessantes, uma vez que indicam a necessidade de se apreciar o caso concreto com acuidade antes de se declarar a invalidade da cláusula. Assim, uma cláusula que preveja termo extremamente breve para dar notícia de defeitos dos bens ou serviços fornecidos pode ou não ser excessivamente vantajosa para uma das partes, de acordo com o caráter dos bens ou serviços concretamente considerados.

O art. 3.10 também exige que seja levada em conta a possibilidade de a parte ter se aproveitado do estado de dependência da outra, de dificuldades econômicas ou de necessidades imediatas ou, ainda, da imperícia, ignorância, inexperiência ou falta de habilidade no tratar. São hipóteses que mais se aproximam à tradicional figura da lesão. De qualquer forma, os Princípios Unidroit não condicionam a declaração da invalidade à sua ocorrência, pois estes são fatores que deverão ser considerados juntamente com outros para que seja afastada dada cláusula. Como esclarecem os comentários, em dados casos a vantagem excessiva pode ser considerada injustificável mesmo que não tenha havido qualquer abuso da posição mais fraca de uma das partes, o que, permite-se acrescentar, pode ser verificado com recurso ao exame da natureza e do objetivo do contrato.

Na América Latina, aproveita considerar o direito argentino projetado. Nos termos do art. 986 do Anteprojeto de Código Civil de 18/12/1998, são proibidas nos 'contratos predispos-

tos' as cláusulas que: desnaturalizem as obrigações das partes; limitem a responsabilidade por danos ao projeto de vida; limitem a responsabilidade por danos patrimoniais sem adequada equivalência econômica; importem renúncia ou restrição aos direitos do aderente ou ampliação dos direitos do predisponente, previstos nas normas supletivas; e, finalmente, obriguem a pagar juros em taxa que exceda sem justificação e de maneira desproporcional o custo do dinheiro em operações similares.

O âmbito aplicativo da norma coincide com o dos 'contratos por adesão', pois os 'contratos predispostos' do Anteprojeto são aqueles cujas estipulações foram determinadas unilateralmente por uma das partes, nos termos de seu art. 899. O conceito de contrato por adesão do Anteprojeto é distinto, pois, ainda em seu art. 899, exige-se que a parte esteja compelida a concluí-lo. Com toda probabilidade, o conceito estampado no Anteprojeto refere-se aos contratos que o cidadão não pode deixar de celebrar, sob pena de ver-se alijado de bens indispensáveis à vida moderna. Pressupõe-se, destarte, a existência de um monopólio, que o impeça de obter a satisfação de sua necessidade por outra via que não à adesão às cláusulas predispostas. Pode-se pensar nos contratos de transporte público ou de fornecimento de energia elétrica. Quer-se acreditar que o Anteprojeto se refira em especial aos contratos comumente qualificados no direito brasileiro como 'administrativos', concluídos para se obter a prestação de serviços públicos. Na vigência do Código Civil brasileiro de 1916, sustentou-se haver diferença entre 'contrato por adesão' e 'contrato de adesão'. Acredita-se que a noção prevista no Anteprojeto possa ser identificada com a segunda, de sentido mais restrito²⁸.

28 Confira-se trecho que bem sintetiza a lição da doutrina a propósito: "O que caracteriza o *contrato de adesão* propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem a necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determi-

Por força do art. 969 do Anteprojeto, exceção feita às cláusulas que limitem a responsabilidade por danos ao projeto de vida e desnaturem o contrato, as demais proibições previstas para os 'contratos predispostos' podem ser obviadas se forem consideradas razoáveis para o caso concreto. Isso significa que a atenta consideração do contrato efetivamente celebrado se impõe para que praticamente todas as cláusulas previstas no art. 968 venham a ser proibidas. Resta de fora apenas a cláusula de limitação de responsabilidade por danos ao projeto de vida, exceção de todo justificável, tendo em vista a importância do bem jurídico envolvido. A proibição de se pactuar contra a natureza do contrato, por sua vez, reclama sempre o exame do negócio concreto, ou seja, da adequação de dada estipulação a certo contrato.

Tendo em vista a harmonização, afigura-se oportuno adotar a natureza concreta do contrato como critério decisório para, em seguida, verificar se lhe são contrárias as renúncias do aderente. As estipulações relativamente proibidas, constantes dos diplomas legais antes referidos, podem ser manejadas como um elenco de cláusulas potencialmente inválidas que serão declaradas nulas, a menos que o exame da natureza do contrato permita uma conclusão distinta. Embora o negócio jurídico nunca exista em abstrato²⁹, aproveita elaborar uma

nado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo [...] É pressuposto, pois, do contrato de adesão o monopólio de fato, ou de direito, de uma das partes que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato *por adesão*, jamais *contrato de adesão*" (O. GOMES. *Contratos*, 26.^a ed., [atualizada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO], Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 141 e 142).

29 Cfr. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4.^a ed., 6.^a tiragem, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 35.

relação das cláusulas potencialmente inválidas, com o escopo de facilitar a aplicação do critério proposto a bem da harmonização do direito latino-americano.

8. DIREITOS RESULTANTES DA NATUREZA DO NEGÓCIO

A. Preservação do sinalagma

Convém agora fornecer subsídios para compor a previsão normativa que visa assegurar a adequação das estipulações à natureza do negócio. A cláusula geral de boa fé impõe que todos os contratos apresentem um equilíbrio mínimo entre os direitos e deveres das partes. Nos contratos concluídos de comum acordo, o equilíbrio é fundamentalmente ditado pela conveniência das partes. Nos contratos concluídos por adesão, a intervenção legal deve ser mais incisiva, para evitar que apenas uma das partes se aproprie de todo o proveito gerado pela conclusão da avença. Impõe-se destarte, a preservação das regras que assegurem o equilíbrio mínimo da relação negocial, isto é, daquelas diretamente relacionadas ao sinalagma contratual.

O direito de opor a exceção do contrato não cumprido encontra-se estreitamente relacionado à natureza de todo e qualquer contrato bilateral. Caso as prestações sejam simultâneas, ninguém pode exigir o cumprimento alheio sem antes executar o que lhe cabe. Por extensão, não se pode pleitear a execução da contraprestação antes que a própria prestação seja cumprida de modo satisfatório. Não basta a execução. Deve-se satisfazer o credor. Tem-se aqui a *exceptio non rite adimpleti contractus*, isto é, a exceção do contrato não cumprido de acordo com a forma pactuada. A renúncia antecipada ao manejo de tais exceções nos contratos por adesão é potencialmente inválida.

O recurso ao direito comparado permite identificar regra nesse sentido no Decreto-lei 446, de 25/10/1985, de Portugal, precisamente em seu art. 18, alínea *f*. O art. 51, inc. 1, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é interpretado da mesma forma³⁰. Em outras legislações, proíbe-se a exclusão da possibilidade de invocar qualquer exceção, dentre as quais, naturalmente, figuram as do contrato não cumprido ou não cumprido satisfatoriamente. Assim prevê o art. 1398 do Código Civil do Peru e o art. 691, alínea *h*, do Código Civil do Paraguai. O art. II 9:410 (1) (n) do *Draft Common Frame of Reference* dispõe de forma análoga, na relação de cláusulas que presume abusivas nos contratos de consumo. Como consequência, em princípio, não é de se admitir a cláusula *solve et repete* nos contratos por adesão.

Pelas mesmas razões, como regra, não se pode aceitar a renúncia à exceção de insegurança, passível de ser manejada para retardar a execução da própria prestação, caso sobrevenha circunstância que comprometa o patrimônio da outra parte a ponto de por em dúvida a possibilidade de que cumpra aquilo a que se obrigou. A recusa à prestação pode ter lugar até que a outra parte preste ou dê garantia suficiente de que irá fazê-lo³¹. Sua exclusão é, em princípio, proibida nos contratos civis por adesão, igualmente com o objetivo de preservar o sinalagma contratual.

Também é inerente aos contratos bilaterais o direito de resolução pelo inadimplemento absoluto. Sua exclusão desequilibraria excessivamente o contrato, pois conferiria ao predisponente o direito de continuar a exigir a observância do pactuado, mesmo depois da execução da prestação por ele devida ter se tornado inútil para o credor. O Decreto-lei 446, de 25/10/1985, de Portugal, a veda expressamente em

30 Cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., p. 407.

31 Cfr. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. xxvi, 3.^a ed., 2.^a reimp., São Paulo, RT, 1984, pp. 109 a 113.

seu art. 18, alínea *f*. O Código Civil da Costa Rica dispõe de maneira próxima, ao proibir a renúncia ao direito de resolver o contrato, no caso em que o predisponente não tenha prestado em modo satisfatório, mesmo após ter sido provocado pela parte contrária a purgar sua mora. Embora o art. 1023, item 2, alínea *i*, refira-se apenas ao caso de entrega de produtos, existe a possibilidade de se estender o regramento nele previsto para a generalidade dos contratos concluídos por adesão. A amplitude do art. 11 9:410 (1) (n) do *Draft Common Frame of Reference* também permite invocá-lo para reforçar a conveniência da regra.

Não se pode igualmente afastar o direito do aderente de dar por resolvido o contrato sem responder por eventuais perdas e danos, se a execução de sua prestação se tornar impossível por caso fortuito ou força maior. A regra, passível de exclusão em um contrato paritário, tende a ser cogente nos negócios concluídos por adesão. Nesse sentido é expresso o art. 1023, item 2, alínea *f*, do Código Civil da Costa Rica. No Código Civil do Paraguai, há regra semelhante no art. 691, alínea *h*, que proíbe a renúncia ao exercício de qualquer ação permitida pela legislação, o que, naturalmente, compreende a de ingressar em juízo para dar por extinto o contrato no caso de impossibilidade da prestação.

Nos contratos concluídos por adesão também não é de se permitir, em princípio, a inserção de cláusulas que confirmam ao predisponente o direito de alterar o conteúdo do negócio de modo unilateral, o que é presumido abusivo pelo art. 11 9:410 (1) (i) do *Draft Common Frame of Reference*. No mais das vezes, essa estipulação é manejada para autorizar o predisponente a substituir a mercadoria contratada por outra, o que tende a ser ilícito, de acordo com o art. 11 9:410 (1) (j) do mesmo diploma.

Dessa proibição, decorre também a invalidade de estipulações que sirvam a modificar a proporção entre prestação e

contraprestação, da mesma forma que o previsto no art. 51, inc. XIII, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. A vigência da relação contratual não pode, igualmente, ficar ao arbítrio do predisponente, a exemplo do que prevê o art. 18, alínea *j*, do Decreto-lei 446, de 25.10.1985, de Portugal. Nessa mesma linha, também dispõe o art. 51, inc. XI, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, bem como o art. 1023, item 2, alínea *g*, do Código Civil da Costa Rica, ao proibir que o predisponente fixe a data de entrega do bem.

A consideração do diploma legal português é ainda interessante pois, na alínea *e*, do mesmo art. 18, prevê a nulidade de cláusula que confira ao predisponente o direito de interpretar cláusula contratual em sentido que vinculará ambas as partes, o que é presumido ilícito pelo art. 11 9:410 (1) (e) do *Draft Common Frame of Reference*. Pouco adiante, no art. 19, alínea *h*, proíbe-se estipulação que atribua ao predisponente o direito de alterar as prestações, sem que haja compensação correspondente às modificações promovidas. Nos termos da legislação portuguesa, trata-se de cláusula 'relativamente proibida', cuja declaração de invalidade está condicionada à prévia consideração do 'quadro negocial padronizado'. Tais cláusulas podem ser válidas, por exemplo, nas áreas sensíveis à evolução científica e tecnológica. Nessa hipótese, a mudança dos termos do contrato pelo predisponente afigura-se razoável para cumprir o objetivo pactuado³². Basta pensar em um contrato de licenciamento e manutenção de *software*. Não padece de abusividade a cláusula que confira ao aderente o direito à implementação e manutenção de *software* de determinada marca ou de outro mais moderno que possa substituí-lo, a critério do predisponente. Isso não impede o aproveitamento da regra no âmbito do direito latino-americano, pois o regramento proposto sempre exige a consideração da natureza do

32 Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 48.

contrato concreto, isto é, do contexto negocial que circunscreve o caso a ser examinado.

O Código Civil da Costa Rica igualmente proíbe a modificação unilateral das cláusulas, em especial a do preço e, mais ainda, veda seja outorgado ao predisponente o direito de aferir se o bem alienado corresponde às características por ele indicadas, nos termos de seu art. 1023, item 2, alíneas *a, p e q*, regra que também encontra abrigo no art. II 9:410 (1) (e) do *Draft Common Frame of Reference*. De modo semelhante dispõe o art. 691, alínea *b*, do Código Civil do Paraguai, ao proibir o predisponente de mudar as cláusulas contratuais de maneira unilateral ou de privar o aderente de algum direito previsto na avença, sem qualquer causa imputável a este. A segunda parte do dispositivo consiste em desdobramento da primeira, pois privar o aderente de algum direito, sem que isso lhe seja imputável, só pode encontrar fundamento no prerrogativa de o predisponente alterar de modo unilateral os termos da avença. De qualquer forma, andou bem o texto paraguaio ao explicitar um dos casos. O Código Civil guarani ainda tem o mérito de evidenciar a nulidade de disposição que condicione o exercício de qualquer direito do aderente à prévia concordância do predisponente, nos termos de seu art. 691, alínea *c*. Trata-se de confirmação do comando anterior, pois a extensão dos direitos do aderente variaria em conformidade com a vontade do predisponente que, provocado, poderia aceitar ou recusar a seu arbítrio o respectivo exercício. O art. II 9:410 (1) (c) do *Draft Common Frame of Reference* dispõe de maneira parelha, ao presumir abusiva a cláusula que condicione o surgimento de obrigação para o aderente à mera declaração de vontade do predisponente nesse sentido.

Pela mesma razão, tendem a ser nulas as cláusulas que permitam ao predisponente agir em nome do aderente para obter direito contra ele, conforme dispõe o art. 691, alínea *f*, do Código Civil do Paraguai e o art. 51, inc. VIII, do Código de

Defesa do Consumidor brasileiro. Não raro, tais cláusulas são insertas para conferir ao predisponente o direito de incrementar as garantias de cumprimento do contrato, como ocorre por meio da constituição de mandatário que pertença ao mesmo grupo financeiro do credor, com o objetivo de expedir cambial em favor deste e, como conseqüência, facilitar o manejo do processo de execução e possibilitar o protesto do título³³. Nesse caso, o manifesto conflito de interesses existente entre mandante e mandatário impede que semelhante cláusula seja considerada válida. São todas hipóteses mais ou menos relacionadas com a proibição de se estabelecer condições meramente potestativas, tradicionalmente vedadas nos direitos de origem romanística. Isso não tolhe que sua explicitação seja oportuna, pois se trata de providência que facilita de maneira importante a solução dos casos concretos.

O direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas em cumprimento ao contrato também se revela de necessária preservação para manutenção do sinalagma. Na doutrina brasileira, defendeu-se a aplicação dessa regra para os contratos de locação concluídos por adesão³⁴. O Decreto-lei 446, de 25/10/1985, de Portugal, veda, em seu art. 18, alínea *g*, a renúncia ao direito de retenção em todo negócio concluído por adesão a cláusulas contratuais gerais. Por extensão, em princípio, é de se proibir a renúncia à faculdade de efetuar a compensação dos prejuízos eventualmente causados ao predisponente com o valor das benfeitorias realizadas. O *Draft Common Frame of Reference* também se ocupa do tema, para presumir abusiva a cláusula que exclua o direito do aderente à compensação. Além disso, em regra, não se pode admitir a renúncia ao direito de ressarcimento pelas benfeitorias ne-

33 Cfr. A. PELLEGRINI GRINOVER et al. *Código*, cit., pp. 422 a 426.

34 Cfr. F. TARTUCE. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2005, cit., pp. 251 e 252.

cessárias realizadas, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo, nos termos do art. 51, inc. XIV, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Por fim, fere o sinalagma cláusula que permita a denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem que haja compensação adequada, nos contratos em que se tenha exigido do aderente investimentos ou outros gastos consideráveis, conforme dispõe o art. 19, alínea *f*, do Decreto-lei 446, de 25.10.1985, de Portugal, em regra parcialmente repetida pelo art. II 9:410 (1) (g) do *Draft Common Frame of Reference*. Quem realiza investimentos importantes confia na manutenção da relação contratual, a fim de que possa, ao menos, recuperar o capital e o esforço empregados para executá-la. Se estes investimentos forem realizados com o consentimento da outra parte, não lhe é dado denunciar o contrato sem conferir prazo suficiente para a recuperação dos gastos ou, em alternativa, oferecer compensação adequada. O respeito à confiança suscitada é exigido pela boa-fé objetiva, que é o critério fundamental de aferição da abusividade das cláusulas contratuais gerais no direito português³⁵. No direito brasileiro, o art. 473, parágrafo único, do Código Civil, impõe que seja conferido à parte tempo suficiente para que possa recuperar os investimentos, sempre que a rescisão unilateral for autorizada pela lei ou pelo pactuado.

A propósito, quaisquer prazos que sejam excessivamente curtos ou longos podem desnaturar o contrato, se servirem para limitar indevidamente direitos ou elidir responsabilidades. Por isso, as cláusulas que os contemplem podem ser invalidadas, se adotado o regramento sugerido para o direito latino-americano, a exemplo do que prevê o art. 19, alínea *b*, do Decreto-lei 446, de 25/10/1985, de Portugal, relativo à extensão excessiva do prazo para cumprimento sem mora, e

35 Cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 47.

o art. 1023, item 2, alínea *k*, do Código Civil da Costa Rica, de caráter geral.

B. Exclusão de responsabilidade

No direito privado, é severa a regra de imputação da responsabilidade. Todos respondem pelos próprios atos, salvo as exceções legais, como ocorre no caso dos incapazes, para ficar apenas com um exemplo. A tradição ensina que a responsabilidade pode ser limitada ou excluída nos contratos submetidos aos limites clássicos, de acordo com a conveniência das partes. Apenas não se permite a exoneração da responsabilidade por dolo ou por culpa grave, pois isto implicaria autorização para violar o direito. Nesse sentido, dispõe expressamente o art. 1328 do Código Civil do Peru, de modo a contemplar a regra legada pela tradição. No mais, as partes são livres para pactuar a extensão de suas responsabilidades.

Regra diversa deve ser observada nos contratos civis concluídos por adesão. A definição da responsabilidade é essencial à preservação da natureza do contrato, pois de pouco adianta conferir a titularidade do direito se à parte não é dada a possibilidade de responsabilizar a outra pelo inobservância da conduta devida. Rever as atribuições de responsabilidade tende a alterar o equilíbrio inerente a cada negócio, o que, em princípio, não é de ser admitido nos contratos por adesão.

O Código Civil italiano de 1942 advertiu o problema, pois, em seu art. 1341, reconheceu a necessidade de se atribuir um regime especial às cláusulas de exclusão de responsabilidade. Seu regramento, porém, foi tímido, uma vez que previu apenas a necessidade de se aprovar de modo expresso e em separado a cláusula, o que, no final, reduz-se a necessidade de assinar o contrato em diversos pontos. Tendo em vista a impossibilidade de discutir o conteúdo do negócio, o que, aliás, o caracteriza como contrato por adesão, não há grande diferença se a parte o subscreve

uma, duas ou três vezes. O importante é que a parte se encontra na situação de dever decidir se aceita ou não o contrato que lhe é proposto como um todo. Admite-se, no máximo, a discussão de cláusulas secundárias, o que, no mais das vezes, não é o caso da delimitação das responsabilidades das partes.

De qualquer forma, interessa a lição da jurisprudência italiana que distingue entre a cláusula de limitação de responsabilidade e a aquela que determina o objeto do contrato. Somente a primeira está sujeita à disciplina especial. Essa precisão assume particular relevo nos contratos de seguro, cujo objeto se define pela extensão dos riscos cobertos pela apólice³⁶.

Muito mais incisiva é a lei portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais que, em seu art. 18, alíneas *a* a *d*, prevê a nulidade das estipulações que excluam: a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física, ou à saúde das pessoas; a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera do outro contratante ou de terceiros; a responsabilidade por mora ou inadimplemento absoluto, nos casos de dolo ou culpa grave e, finalmente, a responsabilidade por atos dos representantes ou auxiliares, desde que decorra de dolo ou culpa grave. A lei portuguesa toma o cuidado de esclarecer que a exclusão é inválida mesmo que os danos tenham sido causados de modo indireto pelo predisponente ou por seus representantes ou funcionários. Também interessa o texto do art. 18, alínea *l*, que proíbe a cessão do contrato a terceiro não identificado na avença. O objetivo da norma é evitar a elisão da responsabilidade, visto que bastaria ao predisponente ceder sua posição contratual a terceiro para subtrair-se ao dever de ressarcir os danos causados por sua conduta³⁷.

36 Cfr. R. SACCO e G. DE NOVA. *Il contratto*, cit., p. 368. Nessa passagem, são mencionadas as decisões proferidas pela Corte de Cassação em 1.º/3/1986; 8/1/1987; 30/12/1991; 12/3/1993; 16/6/1997 e 10/3/1998.

37 Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 44.

A experiência jurisprudencial alemã registra caso em que foi declarada abusiva a cláusula de exclusão da responsabilidade, mesmo antes que a *AGB Gesetz* tivesse entrado em vigor. Em 24/2/1971, o *Bundesgerichtshof* afastou a cláusula que excluía a responsabilidade do fornecedor de combustível pelos danos causados aos seus clientes em razão do transbordamento de seus reservatórios, visto que estes não eram grandes o suficiente para conter as quantidades pedidas. Considerou-se a cláusula contrária à boa-fé, a partir da análise dos custos de negociação envolvidos. Concluiu-se, a propósito, que os custos que seriam enfrentados pelo fornecedor para selecionar empregados idôneos, ensinar como verificar a capacidade dos reservatórios e conferir os dispositivos necessários ao transporte, seriam muito inferiores àqueles com que deveria arcar o adquirente para prevenir o dano. Não lhe seria dado, por conseguinte, transferir a responsabilidade, sob pena de atuar de forma desleal.

Anos depois, já na vigência da *AGB Gesetz*, o Supremo Tribunal alemão teve a oportunidade de apreciar caso semelhante. Em 3/3/1988, um armador ingressou em juízo para obter o ressarcimento dos danos causados a seu navio por um incêndio, ocorrido enquanto a embarcação aguardava reparação no canteiro naval. O *Bundesgerichtshof* reconheceu a exigibilidade da cláusula de exclusão da responsabilidade, por considerar que os tripulantes da embarcação, que estavam no canteiro no momento do incêndio, poderiam tê-lo evitado da mesma forma que os empregados do canteiro naval. Importou, ainda, o fato de que o dano estava coberto por contrato de seguro concluído pelo armador, em conformidade aos usos praticados no setor. Nesse segundo caso, à diferença do primeiro, a exclusão da responsabilidade não servia a transferir a integralidade dos riscos da operação ao armador que, como restou demonstrado, poderia ter evitado o dano tanto quanto os empregados do canteiro naval. Tratava-se, antes, de divisão dos riscos,

coerente com as peculiaridades da hipótese. Não por acaso, o armador preveniu-se e contratou um seguro. A especialidade das circunstâncias de fato permitiu que o *Bundesgerichtshof* decidisse os casos de forma diversa, sem que restasse prejudicado o critério informador de seus pronunciamentos, isto é, a violação à boa-fé objetiva³⁸. O recurso à 'natureza do negócio' permitiria que as mesmas conclusões fossem atingidas. Como antecipado, as peculiaridades do caso concreto sempre devem ser levadas em conta para que seja declarada a invalidade de cláusulas inserta em contrato por adesão. No domínio das relações civis, não há espaço para vedações absolutas como as previstas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Na América Latina, a cláusula de exclusão de responsabilidade nos contratos concluídos por adesão é proibida na Costa Rica, nos termos de seu art. 1023, item 2, alíneas *m* e *o*, esta última específica ao qualificar como nula a disposição que afaste o direito do aderente de responsabilizar o predisponente pela mora ou inadimplemento absoluto. O regramento é complementado pouco adiante, com a previsão de que o predisponente não pode transferir suas responsabilidades a terceiros, nos termos do art. 1023, item 2, alínea *r*. Dispositivo análogo encontra-se no art. 1023, item 2, alínea *c*, que proíbe cláusula por força da qual o bem pode não corresponder à sua descrição ou ao uso normal ou especificado em contrato, o que, devidamente interpretado, consiste em meio para elidir a responsabilidade pelo incumprimento da própria prestação.

No Peru, tomou-se o passo anunciado no *Codice*, pois o art. 1398 do Código Civil reputa nula a cláusula de exclusão ou de restrição de responsabilidade inserta em negócios concluídos por adesão a cláusulas contratuais gerais. No mesmo sentido é o teor do art. 691, alínea *a*, do Código Civil do Paraguai. O

38 Para a narração dos casos e indicação dos fundamentos adotados pelo *Bundesgerichtshof*, cfr. H. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto Europeo dei Contratti*, cit., p. 260.

Anteprojeto de Código Civil argentino de 18/12/1998 dispõe de maneira parecida, ao vedar a limitação da responsabilidade pelos danos ao projeto de vida e também pelos danos patrimoniais causados, em seu art. 968, alíneas *b* e *c*. No mesmo sentido é o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que proíbe a exoneração ou atenuação de responsabilidade em seu art. 51, inc. I e, pouco adiante, no inc. III, sua transferência a terceiros.

O *Draft Common Frame of Reference*, em seu art. II 9:410 (1) (o), presume ilícita a cláusula que permite a cessão do contrato a terceiros, sempre que isso reduza a garantia conferida ao aderente. Curiosamente, no entanto, o art. II 9:410 (1) (a) do texto autoriza que seja pactuada a exclusão da responsabilidade, exceção feita aos casos em que sobrevenha dano à pessoa. Trata-se de norma que discrepa da orientação seguida pelos diplomas que precederam o projeto e que, aparentemente na contramão da história, priva o predisponente da tutela que tende a ser necessária à satisfação dos interesses contratualmente ajustados. Não há espaço, destarte, para recomendar seu emprego em um projeto de harmonização do direito dos contratos na América Latina.

Da consideração deste apanhado de regras, podem ser extraídas interessantes conclusões para o direito latino-americano. Além da vedação das cláusulas que recusam a responsabilidade por danos causados com dolo ou culpa grave, que vale para todo e qualquer contrato, não se pode, em princípio, admitir a exclusão da responsabilidade por danos contratuais ou extracontratuais causados pelo predisponente. Não se pode, igualmente, limitar a extensão da responsabilidade para que o contratante forte responda pelo incumprimento de apenas parte do contrato. O predisponente deve sempre responder pela sua conduta, salvo se as particularidades do contrato forem importantes a ponto de autorizar estipulação em sentido diverso.

Não segue daí, entretanto, a proibição de estipular cláusula penal que sirva à prévia fixação dos danos devidos. Nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro chega tão longe, pois, em seu art. 51, inc. I, prevê que a indenização pactuada entre pessoas jurídicas pode ser limitada, desde que haja fundada justificativa para tanto. De maneira análoga dispõe o art. 19, alínea c, do Decreto-lei 446, de 25/10/1985, que regra as cláusulas contratuais gerais em Portugal. No direito luso, cláusula penal não é proibida de *per se*, mas apenas se for absolutamente desproporcional ao dano a ser ressarcido, devidamente considerado o quadro negocial em exame. Note-se que não basta que o dano seja superior à pena estabelecida para que a cláusula penal seja afastada. Exige-se, mais, que haja uma desproporção importante. Não fosse assim, a possibilidade de aposição de cláusula penal seria privada de qualquer efetividade³⁹.

O Código da Costa Rica regra a hipótese de maneira semelhante, pois seu art. 1023, item 2, alínea n, impede que o predisponente se subtraia ao cumprimento de suas obrigações contratuais sem motivo justificado ou sem compensação adequada, o que, *a contrario sensu*, conduz à admissão de cláusula penal que não seja desproporcional, a exemplo do disposto na lei portuguesa. Pouco adiante, agora em sua alínea s, o art. 1023, item 2, confirma essa previsão, ao exigir que a cláusula penal sempre esteja relacionada com o prejuízo efetivamente sofrido em razão do incumprimento do contrato. O Anteprojeto de Código Civil argentino de 18/12/998, por sua vez, é expresso nesse sentido, ao dispor que a limitação de responsabilidade somente é inválida nos contratos que qualifica como predispostos se não vier acompanhada de adequada compensação econômica, nos termos do art. 968, alínea c.

³⁹ Cfr. M. J. DE ALMEIDA COSTA e A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Cláusulas contratuais...*, cit., p. 43 e 47.

Assim, reputa-se conveniente fazer figurar em projeto voltado à harmonização do direito dos contratos na América Latina norma que, em princípio, repete nulas as cláusulas de exoneração ou limitação de responsabilidade nos contratos civis por adesão, sem que esteja proibida, entretanto, a estipulação de cláusula penal.

C. Regras dispositivas

A tradição legou a distinção entre normas cogentes e dispositivas. Entende-se por cogente a norma cuja aplicação sempre se impõe e por dispositiva aquela que pode ser afastada pela vontade das partes. No campo dos contratos, as normas dispositivas supletivas tendem a promover o equilíbrio fundamental da relação contratual e, por conseguinte, versam sobre os elementos que são considerados como naturalmente insertos no tipo contratual legalmente previsto. Na disciplina clássica do contrato, não há dúvida de que tais normas podem ser excluídas pela vontade das partes, para que seja posto regramento mais conforme aos interesses dos contratantes.

Nos contratos civis por adesão, contudo, não é de se admitir, em princípio, a renúncia antecipada à incidência das normas dispositivas que atribuam direitos à parte mais fraca. Trata-se de regra semelhante à prevista para os contratos de consumo, nos termos do art. 51, incs. I e VI e parágrafo único, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Os direitos previstos nas normas dispositivas tendem a relacionar-se diretamente com a natureza do contrato e, por isso, devem ser preservados.

A consideração do direito brasileiro, invocado por comodidade expositiva, permite formular diversos exemplos a propósito. O art. 490 do Código Civil encerra regra por força da qual, na compra e venda, as despesas com a escritura e o registro correm por conta do comprador, ao passo que o vendedor deve

arcar com aquelas decorrentes da tradição da coisa. O art. 492 disciplina os riscos da coisa, para atribuí-los ao vendedor até o momento da tradição e ao comprador daí em diante. Seu sentido é completado pelo art. 494, que disciplina os riscos no caso de expedição da coisa, bem como pelo art. 502, que determina que o vendedor responde por todos os débitos que recaem sobre a coisa até o momento da tradição. No contrato de locação, salta aos olhos o art. 578, que prevê o direito de retenção do locatário caso tenha executado benfeitorias necessárias ou úteis, se estas últimas tiverem sido feitas com o consentimento expresso do locador. O art. 597 dispõe que o pagamento somente será levado a efeito depois de prestado o serviço, nesta espécie de contrato. O art. 619 impede que o empreiteiro majore o preço por força de alterações na obra, a não ser que estas decorram de instruções do respectivo dono ou se o comportamento deste permitir concluir que as aceitou. O art. 698 prevê que o comissário terá direito à remuneração mais elevada se assumir a responsabilidade pela cláusula *del credere*. O art. 827 reconhece ao fiador o benefício de ordem.

São todas normas dispositivas. Podem ser afastadas pela vontade das partes em todos os contratos subordinados apenas aos limites clássicos. Não assim, como regra, nos contratos concluídos por adesão. Foi justamente esse o raciocínio invocado pelos estudiosos reunidos na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Estudos da Justiça Federal, para afirmar a ilegalidade da renúncia antecipada ao benefício de ordem nos contratos de fiança concluídos por adesão⁴⁰. Definir o caráter cogente ou dispositivo das normas que versam sobre dado tipo contratual é problema de interpretação. Por ora, basta indicar que toda regra dispositiva que conferir di-

reitos ao aderente deverá ser respeitada, sempre que estiver diretamente relacionada com a natureza do negócio concluído em concreto.

No direito alemão, houve interessante debate a propósito. O mote foi a interpretação do texto da *AGB Gesetz*. Neste específico aspecto, a regra da lei de 1976 foi incorporada ao § 307 do BGB, que presume abusiva a cláusula que não seja compatível com os princípios fundamentais da regulação legal ou que limite ou derogue os direitos e obrigações resultantes da natureza do contrato, de modo a por em perigo a consecução do objetivo pactuado. Isso, sem sombra de dúvida, remete à consideração do direito dispositivo que, de resto, é mencionado nesse mesmo parágrafo. Por influência da doutrina, passou-se a considerar no texto legal o aspecto positivo de tais normas e não apenas o negativo, que consiste na possibilidade de sua derrogação pelas partes nos contratos subordinados aos limites clássicos. Mais precisamente, foi reconhecida sua função ordenadora do regramento contratual, na medida em que visam distribuir de maneira equitativa as vantagens decorrentes da conclusão do negócio.

Diante disso, concluiu-se que seria necessário controlar os termos das cláusulas contratuais gerais, destinadas a reger um sem número de relações negociais, para defender a integridade do próprio ordenamento jurídico. Dada sua extensão potencial, as cláusulas contratuais gerais poderiam distorcer o equilíbrio global do sistema jurídico e transformar as regras dispositivas em verdadeiras formas vazias, de diminuta aplicação prática. A falta de controle, em última análise, permitiria aos operadores do mercado de estabelecer um direito de aplicação geral no lugar do legislador. Em semelhante contexto, as regras oriundas das condições gerais de contratação teriam força superior à das normas dispositivas, visto que o aderente não costuma ter poder para modificar seus termos. A intervenção legislativa servia, portanto, a conservar a prerrogativa do direito estatal de influir na conformação dos negócios de massa.

40 Eis o teor do enunciado 364: "Arts. 424 e 828. No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão" (colhido no endereço eletrônico [http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/iv]Jornada.pdf] em 27/12/2006).

Esclareceu-se, desde logo, que esse modo de raciocinar não tornaria cogentes as normas dispositivas. Antes de tudo, porque tais normas continuaram sendo derogáveis nos contratos subordinados aos limites clássicos, nos quais se reconhece às partes o poder de alterá-las para distribuir as vantagens oriundas do negócio jurídico da maneira que mais lhes aprouver. Nos negócios concluídos pela aceitação às cláusulas contratuais gerais, por sua vez, o caráter dispositivo destas normas não é sempre afastado. A norma passa a ser cogente apenas se a estipulação contratual substitutiva desequilibrar de modo sensível a posição das partes, em contraste com os ditames da boa-fé objetiva⁴¹. Trata-se de critério semelhante ao proposto para harmonizar o direito latino-americano. Adotado o regramento sugerido, a renúncia à aplicação das normas dispositivas somente será inválida quando não respeitar a 'natureza do negócio', cuja preservação sempre se impõe nos contratos concluídos por adesão.

Na América Latina, regra análoga foi defendida na Argentina, a propósito da interpretação do Código Civil de 1869. Isso ocorreu nas VIII Jornadas Nacionais de Direito Civil, realizadas em La Plata, no ano de 1981, quando restou acordado entre os estudiosos que as cláusulas contratuais gerais não podem afastar os efeitos naturais dos contratos típicos consagrados em normas dispositivas⁴². A doutrina contemporânea reitera as conclusões atingidas em La Plata, para sustentar a inadmissibilidade da renúncia aos direitos inerentes ao negócio, no caso de adesão a cláusulas contratuais gerais⁴³.

41 Cfr. J. DE SOUSA RIBEIRO. *O problema do contrato*, cit., pp. 456 a 467.

42 "Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas" (*Congresos y jornadas de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 61).

43 "Finalmente, en situaciones en que se plantea la necesidad de tutelar al contratante más débil, como en los contratos por adhesión a condiciones generales o en las relaciones de consumo, se reputa que las normas dispositivas constituyen la reglamentación que el legislador ha ponderado

O texto do Anteprojeto apresentado em 18/12/1998 incorporou a regra, ao dispor em seu art. 968 que não são válidas as cláusulas que importem renúncia ou restrição do direito do aderente, resultante da aplicação das normas dispositivas. A mesma norma também proíbe a alteração de normas dispositivas para ampliar os direitos do predisponente. Trata-se de desdobramento da primeira parte, já que, por força do caráter bilateral da avença, a ampliação do direito do predisponente necessariamente implica restrição às vantagens do aderente.

O art. 969 excepciona a regra prevista no art. 968, ao permitir a renúncia, se a cláusula que a estipule tiver sido aceita expressa e especialmente por escrito e, mais, desde que essa aprovação seja razoável. A dificuldade em se aplicar a exceção revela-se tão mais incisiva quando se considera que a alínea *a* do art. 968 veda qualquer estipulação que desnaturalize as obrigações das partes. Tendo em vista que as normas dispositivas, como reconhece a própria doutrina argentina, prevêm regras que servem a determinar os efeitos naturais do contrato, parece não haver campo para a incidência do art. 969, a não ser que o negócio encerre tantas particularidades a ponto de a norma dispositiva não mais guardar relação com a natureza daquela avença.

Por outro lado, não aproveita ao regramento proposto o texto do art. 970, que veda de modo absoluto a renúncia à

como normal, habida cuenta los intereses de las partes, por lo que no pueden ser descartadas sin una razón suficiente, en perjuicio del contratante en favor del que se instituye la protección [...] No se concibe su modificación, cuando se rompe la ecuación de intereses comprometidos y se generan desequilibrios que perjudican al contratante más débil. De ahí que este derecho dispositivo, que parecía en trance de esfumarse, en los supuestos en que una de las partes elabora e impone el régimen del contrato, lejos de convertirse en anquilosada expresión normativa relegada al olvido, ha visto asegurada su efectiva pervivencia, como insustituible cartabón o punto de referencia, para asegurar, de modo imperativo, el equilibrio contractual" (J. M. APARICIO. *Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pp. 105 y 106).

aplicação das normas dispositivas nos contratos concluídos por adesão. Isso porque, como exposto, o conceito de contrato por adesão previsto no Anteprojeto de 18/12/1998 é diverso daquele tradicionalmente empregado, uma vez que serve a designar apenas os negócios em que a parte é compelida a firmá-lo e não todos aqueles em que simplesmente lhe falta poder para discutir o conteúdo do pactuado.

O Código Civil do Paraguai dispõe de modo semelhante ao defendido pela doutrina argentina, ao proibir a renúncia antecipada a qualquer direito que poderia decorrer do contrato se não houvesse previsão pactícia em sentido diverso. Embora não seja tão preciso, o texto do art. 691, alínea *e*, refere-se às normas dispositivas, únicas que podem ser afastadas por previsão contratual em sentido contrário. Maior relevo apresenta o Código Civil do Peru. De acordo com seu art. 1399, não são válidas as cláusulas presentes nos contratos por adesão que afastem a incidência das normas previstas para dado tipo contratual. Ainda que o texto legal não seja expresso, é evidente que se proíbe a renúncia apenas à aplicação das normas dispositivas, pois a incidência das normas cogentes se impõe por si só.

O Código Civil de 1984, contudo, apresenta ressalva que suscita reflexão do intérprete. A parte final do art. 1399 permite que as circunstâncias concretas afastem a invalidade da renúncia. Como se comentou a respeito do Anteprojeto argentino, no entanto, as particularidades do caso dificilmente chegarão ao ponto de tornar a renúncia compatível com a natureza do negócio.

Com o propósito de promover a harmonização do direito dos contratos no âmbito latino-americano, convém adotar regra que proíba, em princípio, a renúncia à aplicação de normas dispositivas que gerem direitos para o aderente. Por conseguinte, não se deve admitir o recurso à atipicidade para elidir a aplicação de tais normas, conforme concluíram os

estudiosos nas XII Jornadas de Direito Civil, ocorridas em Bariloche, no ano de 1989⁴⁴.

O regramento projetado recusa validade à renúncia antecipada de qualquer norma dispositiva que encontre fundamento na natureza do contrato concreto. Nos contratos atípicos, há sempre que se fazer o prévio juízo da possibilidade de incidência da norma em via analógica. Se a resposta for positiva, incide a proibição. Caso contrário, não. Nos contratos típicos, a regra é a de que a renúncia é inválida. Isso somente não ocorrerá se as circunstâncias da avença forem especiais a ponto de a renúncia se impor a bem da preservação da racionalidade econômica da avença, hipótese de rara ocorrência.

9. LIMITE À INTERVENÇÃO

A possibilidade de intervenção no conteúdo dos contratos civis por adesão está sujeita a uma importante limitação. Por mais relevante que seja seu âmbito aplicativo, o dispositivo projetado não pode por em discussão o conteúdo mínimo do contrato, isto é, a relação de equivalência estabelecida pelas partes entre a prestação e a contraprestação acordadas. Não se exclui, claro, a possibilidade de o contrato ser declarado inválido por erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão. Nessas hipóteses, pode-se inclusive questionar a conformação básica do negócio. O regramento proposto, todavia, não autoriza o intérprete a ir tão longe. Seu escopo é o de preservar a natureza do contrato e não o de defini-la em toda sua extensão. Admitir a possibilidade de se discutir inclusive a proporção entre prestação e contraprestação em termos tão amplos implicaria recusar a qualificação do negócio jurídico como contrato, pois

44 "Las normas imperativas fijadas en relación a una figura típica particular, si bien no se aplican, por regla, a los contratos atípicos afines, sí se aplicarán cuando se haya recurrido a la atipicidad para eludir la prohibición legal" (*Congresos y jornadas*, cit., p. 97).

não restaria margem para que as partes pactuassem seus interesses de forma verdadeiramente vinculante.

Nesse mesmo sentido, dispõe a Diretiva Comunitária 93/13, aplicável aos contratos de consumo. No item 2 de seu art. 4.º, prevê que o regime da abusividade das estipulações não incide sobre a definição do objeto principal do contrato, nem sobre a adequação entre as prestações, desde que tais cláusulas sejam redigidas de maneira compreensível. Note-se que a Diretiva Comunitária 93/13 disciplina negócios em que a disparidade de forças é sentida com particular intensidade e em relação aos quais seria compreensível permitir intervenção judicial em grau mais incisivo que aquela prevista para os contratos civis por adesão. Nos termos de seu art. 3.º item 2, somente podem ser reputadas abusivas as cláusulas presentes nos contratos de consumo que não tenham sido objeto de negociação individualizada. A incidência da Diretiva Comunitária 93/13 está condicionada, por conseguinte, à presença de duas circunstâncias que indicam a posição da fragilidade da parte: a relação de consumo e a conclusão do contrato por adesão. Seu âmbito aplicativo é inclusive mais restrito que o do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o qual rege todos os contratos de consumo e não apenas aqueles celebrados pela adesão a cláusulas predispostas. Mesmo assim, a Diretiva Comunitária 93/13 não permite discutir o conteúdo mínimo do contrato celebrado. Por extensão, deve-se concluir que semelhante possibilidade é igualmente negada se adotado o regramento proposto, cuja aplicação destina-se, principalmente, aos contratos por adesão concluídos entre sociedades empresárias, nas quais a disparidade de forças, embora existente, não chega aos mesmos extremos com que costuma se apresentar no direito do consumidor.

A possibilidade de aproveitamento da norma da Diretiva Comunitária 93/13 para o direito latino-americano é reforçada por sua incorporação aos Princípios do Direito Europeu dos

Contratos. O art. 4:110 dos Princípios, destinado a reger as estipulações não negociadas, veda a discussão das cláusulas que se refiram ao objeto do negócio, bem como à adequação entre o valor das obrigações assumidas pelas partes. A proposta de unificação reconhece não existir contrato sem que haja margem para pactuação dos interesses. Nos contratos concluídos por adesão, a redução dessa margem se impõe para promover o equilíbrio tolhido pelo mundo dos fatos. Não se pode, entretanto, eliminá-la, sob pena de recusar a caracterização do contrato. No mesmo sentido, dispôs o art. II 9:406 (2) do *Draft Common Frame of Reference*. O acordo sobre o sinalagma é elemento categorial essencial aos contratos onerosos⁴⁵. Sem ele não há contrato. A tutela proposta para os contratos civis por adesão visa garantir a efetiva liberdade contratual, sem que haja lugar para que o juiz ou o árbitro contrate no lugar das partes.

10. CONCLUSÃO

Os contratos civis por adesão reclamam disciplina especial no âmbito do direito latino-americano. Ficam a meio do caminho entre o contrato clássico, submetido aos limites gerais, e os contratos de consumo, nos quais diversas cláusulas são especificamente proibidas. Nos contratos civis por adesão, deve-se respeitar a natureza do negócio, o que torna sempre necessário examinar o contrato concluído em concreto. Isso não impede enunciar, todavia, um rol de cláusulas potencialmente inválidas.

Com o importante auxílio da comparação jurídica, é possível identificar estipulações que estão relacionadas de modo tão próximo ao sinalagma que seu afastamento, em princípio, desnatura qualquer contrato bilateral. De particular importância são as cláusulas de exoneração de responsabilidade, tão

45 Cfr. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico*, cit., p. 36.

comuns nos negócios concluídos por adesão. Avulta também a consideração das normas dispositivas, comumente relegadas a um segundo plano nos contratos submetidos aos limites clássicos. Tais normas costumam integrar a natureza dos tipos contratuais previstos na legislação e, portanto, não podem ser excluídas nos negócios concluídos por adesão sempre que gerem direitos para quem aceita as cláusulas preparadas pelo predisponente.

A tutela projetada para os contratos civis por adesão não permite, entretanto, que se modifique o conteúdo mínimo do negócio, isto é, a proporção estabelecida pelas partes entre as prestações. Semelhante intervenção descaracterizaria o próprio contrato, negócio que não existe se não houver ajuste de interesses entre as partes. Para determinar a invalidade das cláusulas, mostra-se sempre necessário examinar o caso concreto. Não há cláusulas proibidas de modo absoluto, à diferença do que ocorre amiúde no seio da legislação destinada a proteger o consumidor.

Deve-se buscar equilibrar os direitos e deveres das partes. Nos contratos de consumo, isso se dá principalmente pela vedação de cláusulas abusivas. Nos contratos civis por adesão, pela preservação da natureza do negócio. Em todos, além dos limites legais específicos, atuam como critérios de fechamento os bons costumes e a boa-fé.

Os contratos civis por adesão são uma realidade no direito contemporâneo. Ocorre conhecê-los e regrá-los. A experiência revela que, nesse ambiente contratual, a liberdade de uma parte pode chegar a suprimir a da outra. Não se pode perder de vista, porém, que a excessiva intervenção no domínio contratual pode provocar um efeito incompatível com a sociedade de direito privado, ao recusar às partes a autonomia que justifica a tutela do contrato. Definir a medida em que o regramento deve se ocupar do conteúdo contratual é tarefa de que não poderá se furtar um futuro projeto de harmonização do direito na América Latina.