



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Centro de Ciências Sociais  
Faculdade de Direito

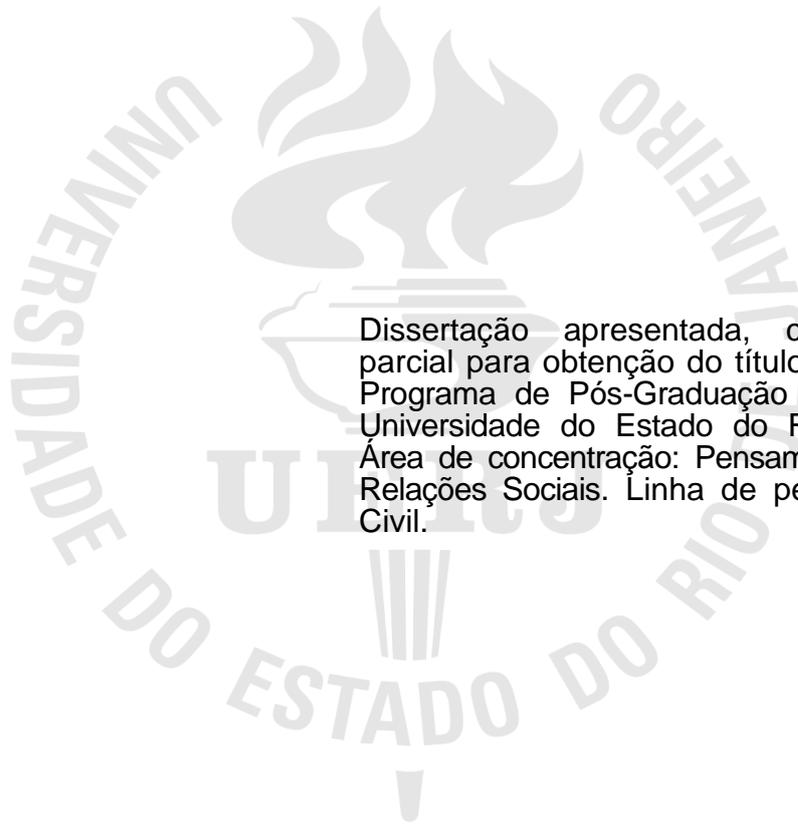
Deborah Pereira Pinto dos Santos

**Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e  
empresariais: limites à autonomia negocial nos *business to  
business contracts***

Rio de Janeiro  
2015

Deborah Pereira Pinto dos Santos

**Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais:  
limites à autonomia negocial nos business to business contracts**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237 Santos, Deborah Pereira Pinto dos.  
Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais : limites à autonomia negocial nos business to business contracts / Deborah Pereira Pinto dos Santos. – 2015.  
208 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Direito civil– Teses. 3. Contrato de adesão - Teses. 4. Boa fé (Direito) – Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Deborah Pereira Pinto dos Santos

**Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais:  
limites à autonomia negocial nos business to business contracts**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em: 17 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Pablo Waldemar Rentería  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

## DEDICATÓRIA

Para minha querida avó, Dona Elza, *in memoriam*, com muito amor e admiração.

## AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas foram fundamentais para a realização deste trabalho. Aos meus pais, José Carlos e Regina, devo toda a minha formação. Eles sempre me deram o apoio neste e em outros projetos, sem o qual nada seria possível. Ao meu irmão, Pedro Ivo, agradeço por ter me protegido e me aturado a vida toda.

Também devo agradecimento a família que conquistei ao longo da vida. Em especial, à Aline, minha amiga-irmã, sempre ao meu lado, agradeço a amizade constante. À minha dinda do coração, Ana Cristina, sou grata pelo incentivo e pelos valiosos conselhos.

No campo acadêmico, devo grande gratidão a todos os professores do Programa de Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ao professor Carlos Konder, querido Caíto, agradeço a orientação dedicada, atenciosa e crítica do trabalho. Ao professor Gustavo Tepedino, agradeço a generosidade e gentileza nos anos de convivência, sendo o grande responsável pelo meu vivo interesse no direito civil.

Também devo especial agradecimento à querida professora Milena Oliva, que fez leitura crítica e debateu comigo pontos relevantes do trabalho. Ao professor Anderson Schreiber, que generosamente fez a "ponte" para que eu tivesse a oportunidade de realizar um estágio de pesquisa no Instituto *Max Planck* em Hamburgo.

Às professoras Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, pelas excelentes aulas no mestrado e pelo afetuoso convívio. À professora Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes, pelas preciosas sugestões na banca de qualificação e pelo empréstimo de importantes livros. À professora Maria Cristina De Cicco, pela gentil recepção na Universidade de Camerino na Itália. Ao professor Pablo Rentería, da PUC-RIO, por ter aceitado compor a banca de defesa, juntamente com os professores Carlos Konder e Gustavo Tepedino, da qual recebi valiosas sugestões e críticas para o aprimoramento do trabalho.

Aos queridos companheiros das aulas do mestrado em Direito Civil da UERJ, agradeço o inspirador convívio. Faço especial menção a Alina Terra, Daniel Bucar, Daniele Teixeira, Eduardo Mendes, Eduardo Nunes, Fernanda Martins-Costa, Fernanda Nunes, Fabiano Magalhães, Gabriel Furtado, Julia Castro, Luciana Mota, Miguel Lambouriau, Paula Moura, Paulo Lustosa, Raphael Donato, Tatiana Bastos, Thiago

Sousa, Vinicius Pereira e Vitor Almeida. Ao querido Vitor, faço um agradecimento duplo, pois, além de divertidas viagens, já temos dois trabalhos em coautoria.

Aos queridos de Direito Público, pela amizade e troca acadêmica: Aline Osório, Joana Menezes, José Marcos Viera, Luis Felipe Sampaio e Pedro Duarte.

Aos também queridos companheiros da graduação em Direito da UERJ, devo um fraterno agradecimento. Em especial, à amiga Carolina Noronha, que gentilmente sugeriu textos de direito internacional privado, revisou os originais do trabalho e ajudou na formatação da versão final. Ao amigo Matheus Sena, agradeço, não só a companhia em viagens, mas também por ter facilitado o acesso e ajudado nas pesquisas realizadas na biblioteca da *Law School* da Universidade de Nova York (NYU).

Ao professor Jan Peter Schmidt, agradeço a oportunidade de estágio no *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* e também por ter generosamente me presenteado com sugestões bibliográficas. No instituto, pude realizar uma profunda pesquisa em sua majestosa biblioteca e ter contato com exímios pesquisadores. Devo um sincero agradecimento aos doutorandos Philipp Eichenhonfer e Samuel Fulli Lemaire, pelas valiosas dicas bibliográficas no direito alemão e francês, e às queridas doutorandas Luciana e Marília Pedroso, da UFPR e USP, pela troca de ideias.

A todos os colegas, servidores, residentes e estagiários com quem tive o prazer de conviver na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ). Faço especial menção às simpáticas e solícitas funcionárias da biblioteca do Centro de Estudos, Isabela Arruda, Maridete Santos e Andreia Santos e ao querido residente Diogo Terreri.

Por fim, aos alunos da turma eletiva 2014.1 de Princípios Contratuais, agradeço a receptividade com a professora estreante. Devo um obrigada mais que especial à querida acadêmica Isabelle Giordano, pelo precioso auxílio com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais para o trabalho.

Is not to say that standard-form contracts are necessarily evil.

*Atiyah, An Introduction to the law of contract, 1961*

## RESUMO

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O instituto jurídico do contrato de adesão, cujo conteúdo é comumente formado pelas condições gerais do contrato, surgiu no contexto pós-revolução industrial como uma forma de simplificar o mecanismo contratual na sociedade de massa. Contudo, a contratação estandardizada não se adapta à ideia tradicional de contrato, uma vez inexistente a negociação individualizada das prestações. Diversamente, cabe a uma das partes estabelecer, de modo unilateral e rígido, as futuras cláusulas contratuais. Mesmo nas relações interempresariais, naturalmente paritárias e ausente a vulnerabilidade que caracteriza a relação de consumo, verifica-se uma assimetria de poder negocial entre os contratantes, evidenciando a posição de desvantagem do aderente, o que justifica a intervenção heterônoma no contrato em sua proteção. A autonomia negocial, que inclui a livre determinação do conteúdo do contrato, encontra-se condicionada à observância das normas constitucionais, da isonomia substancial, do valor social da livre iniciativa e da solidariedade social. Pretende-se, assim, realizar estudo sobre o art. 424 do Código Civil, que prevê uma cláusula geral voltada para o controle de merecimento de tutela do conteúdo negocial nos contratos de adesão. A norma encontra sua razão de ser no fato de o predisponente poder usar seu poder de predeterminação unilateral para restringir ou suprimir direitos da contraparte, dificultando ou até impedindo que ela alcance a finalidade econômica do contrato. Objetiva-se, portanto, analisar o conteúdo e a extensão do art. 424 do CC à luz da metodologia civil-constitucional, bem como sua aplicação pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Contrato de adesão. Condições gerais do contrato. Renúncia. Aderente. Direito dispositivo. Isonomia substancial. Solidariedade social. Equilíbrio contratual. Boa-fé objetiva. Finalidade econômica do contrato.

## RÉSUMÉ

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renonciation aux droits dans les contrats d'adhésion dans les relations civiles et commerciales: des limites à l'autonomie de négociation dans les contrats d'affaires*. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

L'institution juridique du contrat d'adhésion, dont le contenu est généralement formé par les conditions générales du contrat, est apparue dans le contexte post-révolution industrielle comme un moyen de simplifier le mécanisme contractuel de la société de masse. Cependant, l'embauche standard ne correspond pas à l'idée traditionnelle de contrat, une fois inexistant négociation individualisée des avantages. Sinon, il est à l'une des parties d'établir, unilatéral et strictement, clauses contractuelles futures. Même dans les relations inter sociétés, où il y a la parité des cours et l'absence de la vulnérabilité qui caractérise la relation de la consommation, on trouve l'asymétrie de pouvoir entre les entrepreneurs, contre l'adhérent, ce qui justifie l'intervention hétéronome dans le contrat pour leur protection. L'autonomie de négociation, qui comprend la libre détermination de la teneur du contrat, est subordonnée au respect des exigences constitutionnelles de l'égalité substantielle, de la valeur sociale de la libre entreprise et de la solidarité sociale. Il est prévu, par conséquent, mener à bien l'étude de l'art. 424 du Code Civil, qui prévoit une clause générale face à la tutelle de contrôle du contenu dans des contrats d'adhésion. La règle trouve sa justification dans le fait que la partie qui fait la prédisposition peut utiliser son pouvoir de la prédétermination unilatérale pour restreindre ou supprimer les droits de la contrepartie, entraver ou même empêcher ce qu'il atteigne l'objectif économique du contrat. Le but du travail est donc d'analyser le contenu et la portée de l'art. 424 du CC, à la lumière de la méthodologie civile-constitutionnelle et son application par les tribunaux brésiliens.

Mots-clés: Contrat d'adhésion. Conditions générales du contrat. Démission. Adhérente. Droit dispositif. Égalité substantielle. La solidarité sociale. Équilibre contractuel. Bonne foi. Le but économique du contrat.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1</b>	<b>AS TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE DE MASSA. O ADERENTE NAS RELAÇÕES CIVIS .....</b>	<b>17</b>
1.1	<b>Autonomia privada e contratação na sociedade de massa. O contrato de adesão como "uma manifestação jurídica da moderna vida econômica" .....</b>	<b>17</b>
1.2	<b>Vantagens e desvantagens na contratação por adesão .....</b>	<b>25</b>
1.3	<b>Delimitação objetiva. A questão conceitual: o contrato de (por) adesão, a adesão às condições gerais do contrato (cláusulas contratuais gerais) e o contrato <i>standard</i>.....</b>	<b>33</b>
1.4	<b>Delimitação subjetiva. A relação jurídica de adesão civil: o predisponente e o aderente nos contratos de adesão não consumeristas – Os <i>business to business contracts</i> .....</b>	<b>40</b>
1.5	<b>A desigualdade de poder negocial na relação jurídica por adesão .....</b>	<b>47</b>
1.6	<b>Fundamento para a proteção da parte aderente. Igualdade, livre iniciativa e solidariedade social. Boa-fé objetiva e equilíbrio contratual .....</b>	<b>57</b>
<b>2</b>	<b>ESTRUTURA E FUNÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO CIVIL. DISCIPLINA JURÍDICA E REGRAS DE PROTEÇÃO APLICÁVEIS. ....</b>	<b>71</b>
2.1	<b>Natureza jurídica (estrutura) do contrato de adesão.....</b>	<b>71</b>
2.2	<b>Diferenciação entre o contrato de adesão e figuras afins .....</b>	<b>78</b>
2.2.1	<b><u>Contrato-tipo</u>.....</b>	<b>78</b>
2.2.2	<b><u>Contrato relacional (<i>per relationem</i>)</u> .....</b>	<b>82</b>
2.3	<b>Principais características do contrato de adesão .....</b>	<b>86</b>
2.4	<b>A interpretação do contrato de adesão. A <i>interpretatio contra stipulatorem</i>.....</b>	<b>93</b>
2.5	<b>Dever de informação do predisponente e cognoscibilidade do conteúdo pelo aderente .....</b>	<b>102</b>
2.6	<b>A proteção do aderente em perspectiva funcional e a necessidade de controle de conteúdo do contrato de adesão .....</b>	<b>112</b>

<b>3</b>	<b>A RENÚNCIA ANTECIPADA DO ADERENTE A DIREITO RESULTANTE DA NATUREZA DO NEGÓCIO .....</b>	<b>122</b>
<b>3.1</b>	<b>A cláusula geral do art. 424 como controle de merecimento de tutela do conteúdo negocial nos contratos de adesão civis .....</b>	<b>122</b>
<b>3.2</b>	<b>A natureza jurídica (estrutura) da renúncia ao direito de crédito. Vicissitude extintiva da relação jurídica. A renúncia antecipada nos contratos de adesão .....</b>	<b>130</b>
<b>3.3</b>	<b>O "direito resultante da natureza do negócio". A retirada ou restrição grave de direitos fundados em norma dispositiva do aderente no momento de formação do vínculo contratual .....</b>	<b>138</b>
<b>3.4</b>	<b>A aplicação da pena de nulidade. A redução conservadora da validade do negócio jurídico. A interpretação restritiva da renúncia (quando válida) .....</b>	<b>153</b>
<b>3.5</b>	<b>A lista de cláusulas abusivas. Possibilidade de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão nas relações civis e empresariais .....</b>	<b>160</b>
<b>3.6</b>	<b>O espaço de incidência e aplicação do art. 424 do CC nas relações civis. A alteração significativa da repartição de riscos do negócio e a proteção da finalidade contratual. A cláusula de não-indenizar .....</b>	<b>169</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>181</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>187</b>

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da contratação estandardizada, típico do contexto pós-revolução industrial, surgiu como forma de simplificar o mecanismo contratual, facilitando a contratação e o consumo de massa. As relações contratuais, antes pensadas de forma individualizada, tornaram-se padronizadas. Como há muito foi destacado por Orlando Gomes, "exigências práticas da vida econômica determinaram a uniformização do conteúdo de importantes relações jurídicas contraídas em série".<sup>1</sup> Trata-se de realidade incontornável em nível global, que permite a racionalização da atividade empresarial e a ampliação do acesso das pessoas a bens e serviços.

Contudo, tal modo de contratar vai de encontro aos postulados clássicos do direito contratual, segundo o qual partes livres e formalmente iguais podem estipular as prestações que lhes aprouver, sendo amplamente respeitada a manifestação de vontade. O poder de contrair obrigações livremente, após a discussão das condições contratuais, sempre foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar.

Na compreensão tradicional de contrato, a autonomia privada permite a existência de negociações preliminares livres, ao fim das quais os contratantes, após ponderarem os respectivos interesses, assumem, com discernimento e de forma voluntária, determinadas obrigações. Por sua vez, na contratação por adesão, uma das partes estabelece, de forma unilateral, as futuras obrigações, sendo assim eliminados os debates prévios acerca do conteúdo contratual. À outra parte somente resta aceitar aquele conteúdo predefinido como um todo ou recusar em bloco a sua adesão, na máxima pegar ou largar.

Fica evidente, com singelo exemplo, a diferença entre papéis exercidos pelos contratantes. Em 2005, uma empresa norte-americana de *software* denominada PC Pitstop fez promoção bastante inusitada para seus clientes. Ela colocou um prêmio de mil dólares escondido em seus termos de uso (*end-user license agreement*), com a finalidade de testar se realmente os consumidores tinham atenção para o que estavam adquirindo e liam as condições de venda. Surpreendentemente, foram necessários

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.1.

mais de cinco meses e três mil vendas até que um cliente achasse o prêmio e o reivindicasse. A imensa maioria das pessoas que adquiriam o produto somente "rolavam" o *mouse* e clicavam no botão para concordar sem a dar menor atenção ao conteúdo das condições gerais do contrato.<sup>2</sup>

Com efeito, ante o dinamismo das relações sociais, seja por falta de tempo, de preparação técnica ou mesmo de interesse, a parte aderente acaba por não ler as cláusulas contratuais. Em consequência, o principal problema apontado na contratação por adesão é a existência de assimetria informacional entre as partes, quando da formação da relação jurídica, pois somente uma delas (o predisponente) tem real compreensão e possibilidade de determinação do conteúdo contratual.

Por tal razão, o legislador concede proteção especial à parte aderente, em reconhecimento da presença de disparidade de poder negocial entre as partes. O Código Civil de 2002 inaugurou previsão de controle de juridicidade do conteúdo negocial nos contratos de adesão: o art. 424, segundo o qual "são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". O dispositivo encontra sua razão de ser no fato de o predisponente, muitas vezes, usar de sua posição negocial para restringir ou suprimir direitos que caberiam à contraparte, que estará em posição de desvantagem, ainda que não se esteja diante de relação de consumo.

O exame da abusividade de cláusula contratual não se confunde com o controle de ilicitude, não se limitando à análise da conformidade da avença às normas legais expressas relacionadas à matéria. Deve-se verificar, em juízo valorativo, se a relação jurídica concreta atende aos valores constitucionais, só merecendo tutela quando a resposta for positiva. De acordo com a metodologia civil-constitucional<sup>3</sup> – marco teórico do presente trabalho –, não apenas se prioriza o perfil funcional dos institutos

---

<sup>2</sup> PC PITSTOP. **It pays to read license agreements**. Disponível em: <<http://techtalk.pcpitstop.com/2012/06/12/it-pays-to-read-license-agreements-7-years-later/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

<sup>3</sup> Sobre a corrente metodológica do direito civil-constitucional na doutrina brasileira, fundamental consultar TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.1-23; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho do direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20. Registre-se que a Escola de Direito Civil-Constitucional do Rio de Janeiro (UERJ) recebe grande influência do pensamento de Pietro Perlingieri (La dottrina del Diritto Civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.31, p.75-86, jul./set. 2007).

jurídicos, como também se deve compatibilizá-los com os valores que justificam a sua tutela pelo ordenamento.

Especial relevância tem a funcionalização dos institutos de direito civil no campo do direito contratual. Isso porque, ao analisar o aspecto funcional, ressalta-se a não neutralidade do ordenamento jurídico, uma vez que se busca atender a finalidade prático-social dos institutos patrimoniais, que deve ser sempre compatibilizada com a tábua axiológica do ordenamento. Por conseguinte, o contrato, como forma primordial de realização da autonomia negocial, não possui fim em si mesmo, merecedor de tutela por sua própria estrutura, mas deve ter tratado como instrumento destinado à concretização dos princípios constitucionais, destacadamente da isonomia substancial, do valor social da livre iniciativa e da solidariedade social.

Apesar de o tema dos contratos de adesão e das condições gerais dos contratos ter sido tratado em, ao menos, três relevantes monografias de civilistas brasileiros,<sup>4</sup> o art. 424 do CC, que dispõe sobre a renúncia antecipada pelo aderente nos contratos de adesão nas relações civis e empresariais, ainda não recebeu tratamento doutrinário específico. Já a jurisprudência tem aplicado o dispositivo em algumas situações, mas sem profundidade técnica e, às vezes, com finalidade meramente retórica, sendo mencionado juntamente com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Por sua vez, o direito comparado oferece panorama bastante interessante, tendo em vista os diplomas legislativos que, certamente, influenciaram o Código Civil de 2002. Destacadamente, mencionam-se o Código Civil italiano, a Lei de Condições Gerais alemã (*AGB-Gesetz*) e a Lei de Cláusulas Contratuais Gerais portuguesa (Decreto-Lei n.º 446 de 1985). Ressalte-se, todavia, que o intuito no uso de referências do direito estrangeiro é somente ilustrativo, com o objetivo de trazer hipóteses interpretativas que podem ser funcionalmente adequadas ao ordenamento brasileiro, auxiliando na construção hermenêutica do contrato de adesão no direito nacional.

Por conseguinte, o escopo do presente trabalho será empreender análise acerca do art. 424 do CC, ou seja, da renúncia antecipada pelo aderente a direito resultante da natureza do negócio, que recebe a sanção de nulidade, verificando-se

---

<sup>4</sup> Podem-se mencionar os estudos dos professores Orlando Gomes, Paulo Luiz Neto Lôbo e Custódio da Piedade Ubaldino Miranda.

o estado da arte na doutrina e na jurisprudência. Para tanto, estrutura-se o plano de trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, abordam-se as transformações na sociedade de massa, que levaram ao surgimento da contratação por adesão, com especial destaque às suas vantagens e desvantagens. Também se enfrenta a fundamental a distinção entre os conceitos de contrato de adesão, contrato *standard* e condições gerais do contrato. Em seguida, passa-se a delimitação subjetiva do objeto de análise, com a apresentação dos sujeitos de direito que titularizam a relação jurídica por adesão, dando-se especial relevância a posição ocupada pelo aderente não consumidor.

Posteriormente, ainda no primeiro capítulo, questiona-se a paridade de armas na relação contratual por adesão, tendo em vista que o seu conteúdo é predisposto unilateralmente por uma das partes. Desde os primeiros estudos doutrinários acerca do tema, foi levantada a necessidade de garantir a proteção do aderente, em razão da desigualdade existente entre os contratantes. Mesmo nas relações civis e empresariais, quando ausente qualquer caracterização de vulnerabilidade no mercado de consumo de um dos contratantes, exige-se modelo que corrija tal desequilíbrio, imposto por inspiração solidarista, no qual o princípio do equilíbrio contratual soma-se à boa-fé, servindo de norte para a definição de parâmetros de conduta esperada dos contratantes.

Já o segundo capítulo é dedicado ao estudo da estrutura e função da relação jurídica contratual por adesão, sua disciplina jurídica no ordenamento brasileiro, em especial às regras de proteção aplicáveis. Partindo já do conceito do contrato de adesão nas relações civis e empresariais, passa-se analisar sua natureza jurídica e suas principais características, diferenciando-o de outros institutos afins. Decerto, o ponto central deste capítulo é a definição do regramento jurídico aplicável ao contrato de adesão nos *b2b contracts*.

Assim, aborda-se a norma prevista no art. 423 do Código Civil, pela qual devem ser interpretadas contra o predisponente as cláusulas ambíguas e contraditórias, quando tais estipulações concretamente dificultarem o atingimento da finalidade contratual visada pelo aderente. Além disso, mesmo que não haja previsão expressa no CC, analisa-se o dever do predisponente de dar oportunidade prévia à contraparte de conhecer o conteúdo do contrato, fornecendo-lhe as informações necessárias acerca das previsões contratuais. Encerra-se o capítulo com a formulação de uma perspectiva funcional na proteção do aderente, destacando a necessidade de controle de conteúdo no contrato de adesão, com enfoque nas chamadas cláusulas abusivas.

Por fim, no terceiro capítulo, objetiva-se tratar, de forma pormenorizada, do art. 424 do CC, que configura cláusula geral voltada ao controle de merecimento de tutela das estipulações negociais nos contratos de adesão civis. Aborda-se a renúncia e o que seria a sua concepção "antecipada" na relação jurídica por adesão, no sentido de não se admitir a retirada de direitos que desnaturem o contrato. Em sequência, trata-se do significado da expressão "direitos resultantes da natureza do negócio", como direitos fundados em regras dispositivas, mas que são relevantes para o alcance da finalidade econômica visada com o enlace.

Mais a frente, enfrenta-se a questão da pena de nulidade que é prevista no art. 424 do CC às cláusulas abdicativas, tendo em vista que nem sempre é interesse da parte prejudicada, no caso do aderente, o fim da relação contratual, podendo existir razão que justifique a sua preservação. Outrossim, como não foi adotada pelo ordenamento pátrio uma listagem de cláusulas abusivas, salvo para as relações de consumo, analisa-se a possibilidade de aplicação do rol de cláusulas abusivas previsto na Lei Consumerista às relações civis e empresariais. Em seguida, conclui-se pela existência de espaço próprio de incidência e aplicação do art. 424 do CC, realizando-se interpretação sistemática dos dispositivos envolvidos.

# 1 AS TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE DE MASSA. O ADERENTE NAS RELAÇÕES CIVIS

## 1.1 Autonomia privada e contratação na sociedade de massa. O contrato de adesão como "uma manifestação jurídica da moderna vida econômica"

O desenvolvimento da teoria do contrato sempre esteve intimamente ligado ao indivíduo como ser social e sua relação em sociedade. A liberdade contratual teve seu apogeu marcado por determinado momento histórico, político e econômico.<sup>5</sup> Para a preservação da autonomia privada, em sua concepção mais pura, era necessário sistema social que tutelasse a liberdade individual de seus membros de constituir e extinguir relações jurídicas uns com os outros.<sup>6</sup> Assim, todas as pessoas eram concebidas como sendo iguais, com idênticos direitos, e a ideia liberal era do Estado reduzido ao mínimo, limitado às funções necessárias para garantir os direitos naturais e pré-existentes dos indivíduos.<sup>7</sup>

Nesse contexto, a partir da segunda metade do século XVIII, o papel do consentimento e da vontade passou a ser fundamental na formação da relação jurídica contratual e era o que tornava obrigatório o contrato para as partes.<sup>8</sup> Dessa forma, indivíduos livres e iguais compunham sociedade em que a liberdade era um dos principais valores, onde a criação voluntária de relações jurídicas era permitida e

---

<sup>5</sup> Cf. COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. Firenze: G. Barberà, 1888.p.227-229.

<sup>6</sup> RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.77.

<sup>7</sup> HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012. p.383.

<sup>8</sup> Cf. GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.342 e segs.

respeitada, e também era livre a aquisição, exploração e disposição da propriedade conforme os interesses de seu titular.<sup>9</sup>

Contudo, no fim do século XIX, o papel do Estado é transformado ao lhe ser atribuído o dever de tutelar determinadas necessidades sociais, que não possuíam conciliação espontânea. O liberalismo que, em determinado momento histórico, tendia a congelar a dinâmica social em nome da distribuição de direitos individuais, viu-se confrontado com o aparecimento de interesses sociais que para serem atendidos dependiam da limitação de alguns direitos estabelecidos.<sup>10</sup>

O papel do consentimento e da manifestação de vontade do indivíduo ao contratar foi revisto, no sentido de que mesmo quando duas pessoas entram em relação jurídica por ato voluntário, os seus direitos e deveres são, muitas vezes, advindos de normas legais imperativas e não podem ser alterados pelo consenso. Ainda no caso de normas dispositivas, que podem ser afastadas pelas partes, sua retirada voluntária passa a depender da existência de igualdade real entre os contratantes, com equivalentes poderes de barganha.<sup>11</sup> A força obrigatória do contrato não mais se explica somente pela consideração da vontade, mas advém da conformidade com a própria lei.<sup>12</sup>

Decerto, a autonomia privada como concebida na visão liberal sempre encontrou obstáculos práticos nas relações contratuais, pois a igualdade entre os contratantes é ficção criada pelo direito.<sup>13</sup> As revoluções do século XVIII representaram a consagração dos ideais liberais burgueses, mas também tiveram como consequências

---

<sup>9</sup> ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985. p.36. Cf. GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.61: "*les deux principes de la pure doctrine individualiste et libérale pourraient se formuler ainsi: 'd'une part, pas d'obligation sans contrat; d'autre part, tout engagement contractuel est licite'*".

<sup>10</sup> HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012. p.386-387. Cf. PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.6 e 7, p.67, 1998-1999.

<sup>11</sup> JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.4, 1937.

<sup>12</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé*: Thémis. Droit. Paris: Presses universitaires de France, 2011.p.433-434.

<sup>13</sup> GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995. p.61.

a massificação da produção e da distribuição de bens e serviços. As relações contratuais, antes pensadas de forma individualizada, tornaram-se padronizadas: a intensificação da comercialização em massa correspondeu, no plano negocial, ao surgimento do contrato *standard*.<sup>14</sup> Está-se diante de "manifestação jurídica da moderna vida econômica".<sup>15</sup>

Com efeito, a ideia tradicional de contrato não casa com a contratação massificada. De fato, não é possível que uma sociedade empresária negocie individualmente com cada um de seus milhares de clientes, sob pena de perda da racionalização e organização empresarial. Como consequência, a liberdade de iniciativa e a autonomia negocial dos contratantes ficam bastante restringidas.<sup>16</sup> É nesse contexto, de rompimento com o paradigma de contrato consoante a teoria clássica, com o aparecimento da *contratação desumanizada*,<sup>17</sup> que surgem os primeiros estudos acerca do contrato de adesão no limiar do século XX.

Raymond Saleilles, em 1901, cria a expressão em francês *contrat d'adhésion* e afirma que esse seria pretense contrato, já que do contrato só leva o nome. Isso porque se verifica a predominância da vontade de uma das partes ao atuar unilateralmente e ditar sua lei, não ao indivíduo, mas à coletividade indeterminada. Por sua vez, a esse grupo indeterminado de futuros contratantes somente resta a adesão, como que aceitando a lei do contrato.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> ROPPO, Enzo. *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano: Giuffrè, 1989. p.1 e segs. Sobre as razões econômicas, jurídicas, sociológicas e materiais, Cf. BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.13-26. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132). Sobre as diferentes denominações do fenômeno, v. item 1.3.

<sup>15</sup> A expressão é de PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.33, mar. 1977. Contudo, há em doutrina quem defenda que não se trata de uma invenção da modernidade cf. HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.588.

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho y masificación social. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.1. p.869-870. Cf. BOLGAR, Vera. The contract of adhesion: a comparison of theory and practice. *The American Journal of Comparative Law*, v.20, n.1, p.55-58, 1972.

<sup>17</sup> A expressão é de MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.6.

<sup>18</sup> SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.229-230.

A partir do trabalho de Saleilles, o tema passou a despertar o interesse da doutrina francesa. Para Georges Ripert, a teoria do contrato de adesão parece ter sido inspirada pelo ideal de igualdade, que teve grande papel nas instituições civis francesas pós-revolução. Contudo, se durante muito tempo contentou-se com a igualdade teórica e abstrata revelada pela troca de consentimentos, a ideia de igualdade jurídica não foi capaz de conter a desigualdade de fato existente entre as partes e "o mais fraco fez seu apelo ao legislador e ao juiz".<sup>19</sup>

De modo semelhante, Louis Josserand relaciona a contratação por adesão ao fenômeno do *dirigismo contratual*, pelo qual o conteúdo do contrato escapa da ação comum das partes para se tornar operação dirigida, seja pelo legislador e pelo juiz, seja por um dos contratantes que impõe suas condições ao outro.<sup>20</sup> Para René Savatier, os contratos de adesão são *contrats réglementés*, pois o contratante-predisponente, verdadeiro poder privado, procura impor sua fórmula contratual à contraparte, aproveitando-se de sua dominação econômica para padronizar o contrato, o que justificaria a intervenção do legislador.<sup>21</sup>

Apesar da origem da denominação ser francesa, foi na doutrina e, principalmente, na jurisprudência alemã que o tema da contratação por adesão às condições gerais<sup>22</sup> teve seu maior desenvolvimento. Ludwig Raiser foi o autor da primeira obra inteiramente dedicada ao assunto, publicada em 1935.<sup>23</sup> Para Raiser, o grande problema no uso das condições gerais é a possibilidade de a parte predisponente, que estipula unilateralmente o conteúdo do futuro contrato, poder derrogar normas dispositivas em prejuízo da parte aderente, que não tem oportunidade de discutir o conteúdo contratual.

---

<sup>19</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.114.

<sup>20</sup> JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.2, 1937.

<sup>21</sup> SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3.ed. Première Série: Panorama Des Mutations. Paris: Dalloz, 1964. p.87.

<sup>22</sup> Como se verá no item 1.3, a doutrina e a jurisprudência alemã não adotam a nomenclatura contrato de adesão, mas sim condições gerais do contrato.

<sup>23</sup> RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935.

Raiser ainda destaca o papel essencial dos tribunais alemães, que escreveram uma das páginas mais gloriosas de sua história, ao renunciar posição neutra perante o conteúdo do contrato estabelecido pelas partes, ousando intervir diretamente e negar validade a cláusulas gravemente iníquas.<sup>24</sup> Como, inicialmente, não havia lei específica, a jurisprudência alemã utilizava como parâmetros para controle as cláusulas gerais dos bons costumes (§ 138) e da boa-fé objetiva (§ 242), ambas do BGB.<sup>25</sup>

Por conseguinte, quando, em dezembro de 1976, foi aprovada a Lei das Condições Gerais do Contrato (*AGB-Gesetz*), ela representou a consolidação de entendimentos jurisprudenciais na forma legislada.<sup>26</sup> O § 9 traz cláusula geral que permite o controle, com base na boa-fé, do conteúdo das condições gerais, seguido pelos §§ 10 e 11, com duas listas de cláusulas abusivas que já eram reconhecidas pela jurisprudência.<sup>27</sup> Recentemente, em 2002, houve reforma no Código Civil alemão (BGB) na parte do direito das obrigações, que inseriu as normas sobre condições gerais do contrato na codificação (*AGB-Recht*) nos §§ 305-310 do BGB, sem que fossem feitas na disciplina alterações de maior relevância.<sup>28</sup>

Se no direito alemão o desenvolvimento do tema deu-se pelo ativismo judicial, o direito italiano foi o primeiro a incorporar na legislação civil normas sobre as condições gerais do contrato. Em 1942, o Código Civil italiano, promulgado ainda durante o regime fascista, trouxe dois dispositivos específicos acerca do tema, os arts. 1.341 e 1.342, além da *interpretatio contra stipulatorem* no art. 1.370.

---

<sup>24</sup> RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.65-66.

<sup>25</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.591. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p.175. Para maiores detalhes sobre a evolução jurisprudencial, V. DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.413-1.440. Em inglês, DAWSON, John P. Unconscionable coercion: the german version. *Harvard Law Review*, v.89, n.6, p.1103-1021, Apr. 1976.

<sup>26</sup> ZIMMERMANN, op. cit., p.175.

<sup>27</sup> Para comentários acerca da *AGB-Gesetz* em inglês, v. SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.551-572, 1977-1978.

<sup>28</sup> ZIMMERMANN, op. cit., p.188.

Afirma Alessandro Giordano que o objetivo da lei italiana é assegurar a *contratualidade efetiva*, no sentido de retardar a conclusão do contrato e torná-la mais difícil para que a parte aderente possa tomar conhecimento de seu conteúdo.<sup>29</sup> Com efeito, no ordenamento italiano, o controle das condições gerais do contrato baseia-se no momento de conclusão do contrato. Assim, certas cláusulas, como aquelas que excluem ou limitam a responsabilidade do predisponente, por serem mais onerosas para o aderente, somente serão eficazes se aprovadas de forma específica e por escrito. De igual forma, aquilo que é acordado individualmente pelas partes possui sempre preeminência sobre o conteúdo predisposto ou em formulário.<sup>30</sup>

Por sua vez, no direito brasileiro, o contrato de adesão não recebeu tratamento legislativo no Código Civil de 1916, talvez por ter sido fruto de um projeto elaborado por Clóvis Beviláqua ainda na segunda metade do século XIX.<sup>31</sup> A ausência de normas ao longo das décadas seguintes, todavia, foi notada por Orlando Gomes, em estudo dedicado ao tema. Para o autor, por ser cada vez mais frequente na vida econômica do país, havia necessidade inadiável de regramento específico que permitisse a orientação do juiz na interpretação desses contratos.<sup>32</sup>

Nada obstante, o Anteprojeto do novo Código Civil, elaborado por comissão de juristas sob a supervisão de Miguel Reale e apresentado ao Ministério da Justiça em 1972, foi igualmente omissivo e não continha nenhuma previsão acerca do contrato

---

<sup>29</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.15. Registre-se que não há muitos estudos doutrinários no direito italiano acerca do tema anteriores ao *Codice Civile* de 1942, sendo apontado como primeiro trabalho dedicado aos contratos de adesão: SALANDRA, Vittorio. I contratti di adesione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v.26, n.1, p.408-435 e 507-540, 1928.

<sup>30</sup> Cf. JAYME, Erik. Le condizioni generali di contratto nei rapporti giuridici italo-tedeschi. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.192. Sobre o ponto, v. item 2.5.

<sup>31</sup> Para Beviláqua, o papel da codificação não deve ser de inovação, mas consiste em "trabalho de depuração, de condensação, de enfeixamento, de classificação, de metodização, e nunca de aventureiros trânsitos por sendas mal desbravadas". (Cf. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.36).

<sup>32</sup> Id. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.149. Antes, o tema do contrato de adesão já tinha recebido a atenção de San Tiago Dantas (*Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito* (fim de 1943-1945). Os contratos. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. v.2. p.161-163). FONSECA, Cleodon. Do contrato de adesão. *Revista Forense*, v.116, p.303-305, mar. 1948, entre outros.

de adesão. A doutrina formulou crítica ao anteprojeto,<sup>33</sup> com o intuito de aperfeiçoá-lo, e logo foi apresentada segunda versão, incorporando algumas das sugestões.

Assim, na segunda edição de 1973, foi lembrada a importância da "disciplina dos contratos de adesão de modo que fiquem protegidos os interesses do aderente",<sup>34</sup> inserindo-se a *interpretatio contra stipulatorem* no art. 418, pelo o qual "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". No entanto, não foi previsto no Anteprojeto regramento que permitisse o controle do conteúdo contratual, como no modelo alemão, ou ainda da manifestação de vontade do aderente no momento da conclusão do contrato, seguido pelo direito italiano.

O Projeto de Lei n.º 634 enviado à Câmara dos Deputados em junho de 1975, porém, trouxe dois dispositivos acerca do contrato de adesão: o art. 422, que tratava da interpretação contra o predisponente, em caso de ambiguidade e contradição, e já constava na segunda edição do Anteprojeto, e o art. 423, segundo o qual "nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Como é de conhecimento notório, o PL n.º 634/75 tramitou durante mais de duas décadas no Congresso Nacional, enquanto a realidade do país mudava, com o fim do regime militar, o recomeço democrático e a nova ordem constitucional. Durante esse período, conforme determinado na Constituição de 1988,<sup>35</sup> foi aprovado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), Lei Federal n.º 8.078 de setembro de 1990, que trouxe a primeira disciplina legal dedicada aos contratos de adesão no direito brasileiro. O art. 54 da Lei Consumerista traz conceito legal de contrato de adesão e regime jurídico protetivo do aderente-consumidor.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 1972, *passim*.

<sup>34</sup> REALE, Miguel et al. (Orgs.). *Anteprojeto de Código Civil*. 2.ed. Brasília: República Federativa do Brasil. Ministério da Justiça, 1973. p.11.

<sup>35</sup> Ver arts. 5.º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição da República e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>36</sup> Cf. Nelson Nery Jr. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do Anteprojeto. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1. p.651 segs. Voltar-se-á ao tema mais adiante, no item 1.3.

Apesar das críticas doutrinárias,<sup>37</sup> o PL n.º 634/75 foi aprovado e transformado na Lei Federal n.º 10.406 de janeiro de 2002. Dessa feita, com o novo Código Civil, a matéria passou a ser tratada especificamente no direito civil, nos seus arts. 423 e 424.<sup>38</sup> O último dispositivo, verdadeira inovação da lei, prevê hipótese de controle de juridicidade das estipulações negociais nos contratos de adesão, ainda que fora de relação de consumo, ao vedar a previsão de renúncia do aderente a direito que resulte da natureza do negócio.<sup>39</sup>

De fato, o art. 424 é regra de difícil interpretação,<sup>40</sup> daí a necessidade de compreender as possibilidades do dispositivo à luz da legalidade constitucional, reinserindo-o no sistema geral de controle de merecimento de tutela do ordenamento. O exame da validade de uma cláusula contratual não se confunde com o controle de ilicitude, não se limitando à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas à matéria. Deve-se verificar, em juízo valorativo, se a avença concreta atende aos valores constitucionais, só merecendo proteção pelo ordenamento se a resposta for positiva. Pela metodologia civil-constitucional, não apenas prioriza-se o perfil funcional dos institutos jurídicos, como também se deve verificar a compatibilidade com os valores que justificam a sua tutela pelo ordenamento.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. O velho projeto de um revelho Código Civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.527-529. Quanto ao específico ponto da disciplina dos contratos de adesão, v. SIDOU, J. M. Othon. *Resolução judicial dos contratos (cláusula rebus sic stantibus): contratos de adesão, no direito vigente e no projeto de Código Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.151-154; CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlez Informações Jurídicas, 2000. p.169-176.

<sup>38</sup> Não houve alteração de redação dos dispositivos em relação ao PL n.º 634/75, mas apenas a mudança da numeração em razão da inserção de novos artigos na legislação durante a tramitação no Congresso Nacional. Conforme a exposição de motivos, buscou-se "incluir normas sobre o contrato de adesão, visando a garantir o aderente perante o ofertante, dotado de vantagens que sua posição superior lhe proporciona". (BRASIL. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002. p.44).

<sup>39</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.104.

<sup>40</sup> Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, v.7, n.26, p.84, 2004.

<sup>41</sup> PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel Diritto Civile. *Rassegna di Diritto Civile*, v.1, n.31, p.164-201, 2010.

Com efeito, o art. 424 encontra sua razão de ser no fato de o predisponente, em muitos casos, usar seu poder de predeterminação unilateral do contrato para restringir ou retirar direitos do aderente ou ainda limitar ou excluir sua responsabilidade.<sup>42</sup> A sua fonte de inspiração parece ser a jurisprudência alemã e sua Lei de Condições Gerais, *AGB-Gesetz*, que em seu § 9 (2) também previa possibilidade de controle do conteúdo dos contratos de adesão, quando colocassem o aderente em posição de grave desvantagem em contraste com os ditames da boa-fé, retirando-lhe direitos essenciais a natureza do negócio.<sup>43</sup>

Portanto, apesar de ser relativamente recente a legislação brasileira acerca do tema, o fenômeno da contratação estandardizada não é invenção jurídica nova.<sup>44</sup> Surgiu dentro do contexto de ascensão da burguesia pós-revolução industrial, sendo o contrato de adesão funcionalmente ajustado às estruturas de produção e distribuição de bens e serviços típicas da moderna vida econômica.<sup>45</sup> É realidade incontornável em nível global, com pontos positivos e negativos, que merecem investigação mais precisa.

## 1.2 Vantagens e desvantagens na contratação por adesão

Já há algumas décadas o modo de contratar por adesão representa a quase totalidade de contratos realizados, seja no dia-a-dia das pessoas como consumidores,

---

<sup>42</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. p.230.

<sup>43</sup> Essa é a opinião de SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Mohr Siebeck, 2009. p.295. Hoje, como já mencionado, o regramento das condições gerais do contrato encontra-se inserido no BGB, sendo o § 9 da *AGB-Gesetz* reproduzido no § 307 do BGB. Voltar-se-á ao tema no item 3.1.

<sup>44</sup> Cf. DUNCAN, Nora K. Adhesion contracts: A Twentieth Century problem for a Nineteenth Century Code. *Louisiana Law Review*, v.34, n.5, Special Issue, p.1.081-1.100, 1974.

<sup>45</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.5, jul./set. 2001.

seja em relações interempresariais.<sup>46</sup> Em estudo publicado em 1949, Miguel Royo Martinez afirma que a contratação em massa, apesar de ser propensa a gerar abusos, é *insuprível*.<sup>47</sup> De fato, não é possível imaginar hoje que as várias relações jurídicas contratuais que acontecem ao longo da vida de uma pessoa possam ser feitas de maneira individualizada, com a discussão específica de todas as cláusulas pelos contratantes.<sup>48</sup>

O fenômeno da contratação estandardizada possui a função de simplificar o mecanismo contratual, facilitando a contratação e o consumo de massa. Pode-se mencionar como seu primeiro ponto positivo a completa delimitação do conteúdo contratual, isto é, das prestações devidas pelas partes, sendo possível até a criação de novos tipos contratuais não previstos em lei.<sup>49</sup> Por evidente, na sociedade de massa, regida pela economia de mercado, não é imaginável que o direito positivo possa acompanhar o desenvolvimento de inúmeras atividades econômicas e regular as suas consequências de forma particularizada.<sup>50</sup>

Decerto, existe necessidade legítima de regramento uniforme de problemas peculiares para os quais a lei não fornece resposta clara ou que não podem ser facilmente enquadrados na disciplina legislativa.<sup>51</sup> A parte que predispõe o contrato poderá, ao prever o regulamento contratual, afastar normas dispositivas, adaptando-o conforme as práticas e usos em determinado nicho empresarial.<sup>52</sup> Em consequência,

---

<sup>46</sup> Cf. SLAWSON, David W. Standard form contracts and democratic control of law making power. *Harvard Law Review*, v.84, p.529, Jan. 1971. O autor chega a afirmar, ainda no início da década de 70, que 99% dos contratos feitos nos EUA são estandardizados.

<sup>47</sup> MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.7.

<sup>48</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (fim de 1943-1945). Os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. v.2. p.162, nota.

<sup>49</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.24.

<sup>50</sup> KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2731, p.629, 1943.

<sup>51</sup> STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.270.

<sup>52</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.588.

há a *especialização do direito dispositivo*, com a regulamentação detalhada e específica dos interesses em jogo,<sup>53</sup> criando-se direito que melhor corresponda à dinâmica das relações de mercado.<sup>54</sup>

Como segundo ponto positivo, a predeterminação precisa dos direitos e obrigações das partes facilita o cálculo mais aproximado dos custos de cada operação contratual pelo predisponente, o que permite a diminuição dos preços.<sup>55</sup> A parte que predispõe o conteúdo do futuro contrato, quando oferece produtos e serviços padronizados, pretende que a contratação por adesão realize-se sem os custos da negociação individual.<sup>56</sup> Com o barateamento dos custos de transação, resta claro que os produtos e serviços poderão ser oferecidos aos seus destinatários em melhores condições.<sup>57</sup>

Por sua vez, a terceira vantagem na contratação por adesão é que a predeterminação antecipada do conteúdo contratual por uma das partes elimina as tratativas pré-contratuais e simplifica ao máximo o procedimento de formação e

---

<sup>53</sup> PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993. p.313.

<sup>54</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.315. Cf. Franz Dorn et al., para quem as condições gerais são um espelho da realidade jurídica, afastando-se regras de direito dispositivo, com a criação de novos tipos contratuais (DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241-432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.416).

<sup>55</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.24. Cf. TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p.119: "*the principal justification for standard form contracts is the dramatic reduction in transaction costs that they permit in many contexts*". (RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.222-1.224, Apr. 1983).

<sup>56</sup> PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993. p.313.

<sup>57</sup> DIÉZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.315. Cf. KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2731, p.632, 1943: "*in so far as the reduction of costs of production and distribution thus achieved is reflected in reduced prices, society as a whole ultimately benefits from the use of standard contracts*".

conclusão dos contratos, tornando-o extremamente célere.<sup>58</sup> Assim, as padronizações negociais favorecem o dinamismo do tráfego jurídico e a racionalização da atividade empresarial, próprios do capitalismo moderno, possibilitando maior acesso das pessoas a bens e serviços.<sup>59</sup>

Ademais, como quarta vantagem, pode-se afirmar que o uso das condições gerais na contratação por adesão permite ao predisponente uniformizar e aperfeiçoar o conteúdo jurídico de suas relações negociais, o que representa maior facilidade para a comercialização e circulação de produtos e serviços.<sup>60</sup> Desse modo, no contrato de adesão, busca-se atender a interesses socioeconômicos de estabilidade e uniformidade das relações jurídicas patrimoniais.<sup>61</sup>

Por fim, a contratação por adesão às condições gerais apresenta quinta vantagem, a saber: ela cria situação de igualdade para os aderentes. Isso porque, em razão da padronização, há a impossibilidade (ou, ao menos, dificuldade) de alteração individual do conteúdo do contrato, sendo que contratante menos avisado não poderá obter condições mais desfavoráveis do que outro.<sup>62</sup> De um ponto de vista diverso, também traz facilidade para a jurisprudência, ao realizar o controle desses contratos, já que poderá adotar parâmetros semelhantes quando presente a mesma *fattispecie*.<sup>63</sup>

A vital importância do contrato de adesão para a moderna vida econômica não pode ser subestimada. Sem dúvida, o método de contratação por adesão às condições gerais insere-se na tendência atual de racionalização da atividade econômica,

---

<sup>58</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.24-25. Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.314.

<sup>59</sup> Ibid., p.316. CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987. p.17. Esse ponto positivo é destacado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446 de outubro de 1985, lei que regula o tratamento do contrato de adesão no direito português.

<sup>60</sup> GARCIA-AMIGO, op. cit., p.25.

<sup>61</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.28.

<sup>62</sup> GARCIA-AMIGO, op. cit., p.26-27.

<sup>63</sup> Ibid., p.25. Cf. GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.115, 2003.

com a redução de custos e preços, o que traz vantagens para ambos os contratantes.<sup>64</sup> No entanto, existe o reverso da moeda, isto é, a possibilidade de o predisponente fazer uso do poder de predeterminação unilateral do conteúdo do contrato para reforçar sua posição negocial, transformando a sua liberdade contratual em instrumento para exclusão de direitos essenciais do aderente.<sup>65</sup>

A principal desvantagem mencionada pela doutrina é que as partes não se encontram em posição de igualdade na determinação do conteúdo contratual, ao menos do ponto de vista fático. Desde muito, já ressaltava a doutrina que no contrato de adesão verifica-se, de um lado, empresa poderosa e, de outro, clientela dispersa, composta de indivíduos fracos e isolados.<sup>66</sup>

Nesse sentido, há sempre o perigo que a utilização do contrato de adesão possa converter-se em abuso da autonomia privada.<sup>67</sup> Chega-se a afirmar que no contrato de adesão desaparece a liberdade contratual do aderente relativamente ao seu conteúdo.<sup>68</sup> Isso porque o predisponente poderá aproveitar-se do veículo das condições gerais para reforçar sua posição contratual e debilitar a da outra parte, especialmente retirando-lhe direitos ou limitando a responsabilidade que lhe corresponderia segundo norma dispositiva.<sup>69</sup> Dessa forma, a configuração unilateral das cláusulas contratuais é, frequentemente, acompanhada pela inserção de disposições

---

<sup>64</sup> Cf. RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.221-1.230, Apr. 1983; CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987. p.18.

<sup>65</sup> GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.19.

<sup>66</sup> JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.4, 1937. Cf. KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2731, p.632, 1943.

<sup>67</sup> STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.270.

<sup>68</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.316-318. O autor enfatiza que a restrição da liberdade contratual "não é de ambas as partes, imposta por uma fonte externa, mas sim de só uma das partes da relação".

<sup>69</sup> MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.6-7.

favoráveis ao predisponente e prejudiciais ao aderente, em particular com a transferência ao segundo dos riscos ligados à operação econômica.<sup>70</sup>

Segunda desvantagem lembrada pela doutrina é o fato de que a pré-redação oferece perigo para formação do consentimento contratual, porque, comumente, as cláusulas são redigidas de forma ininteligível, com sentidos ambíguos e em letra miúda. Mais do que isso, as condições gerais são, em regra, redigidas de forma complexa e em textos impressos de muitas páginas e o aderente, muito frequentemente, não tem tempo ou interesse em ler ou ainda só recebe as condições gerais após a celebração do contrato, não tomando conhecimento de seu conteúdo.<sup>71</sup>

De modo semelhante, terceiro perigo no contrato de adesão é exatamente a abstração e generalidade de seu conteúdo, quando formado por condições gerais.<sup>72</sup> Na prática, a redação do conteúdo do contrato costuma ser feita de forma mais aberta possível, o que, apesar de facilitar para o predisponente, pois o mesmo regramento contratual poderá ser aplicado em diversas situações, acaba por dificultar a compreensão e interpretação pelo aderente. Por meio de fórmulas bastante vagas, o predisponente protege seus interesses e altera regras do direito dispositivo, modificando de maneira decisiva a economia do contrato e dificultando a compreensão pelo aderente, o qual não terá como proteger da mesma maneira os seus interesses.<sup>73</sup>

Por sua vez, quarto ponto negativo na utilização do contrato de adesão é a sua contribuição para a eliminação da concorrência. Isso porque as condições gerais são, muitas vezes, produto de acordo entre as próprias empresas, com a finalidade

---

<sup>70</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t.1. p.126; JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.3-4, 1937; GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Réimpression de l'édition publiée en 1937. Paris: Sirey, 1965. p.52-53; MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946. p.214.

<sup>71</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.29. Cf., em sentido semelhante, NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p.29; SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.551, 1977-1978: "it is the well-known problem of standardized form contracts or 'small print stipulations' which derives from inequality of bargaining power between the parties".

<sup>72</sup> Os conceitos de contrato de adesão e condições gerais do contrato serão debatidos no próximo item.

<sup>73</sup> Cf. NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p 28-30.

de criação de monopólio de fato mediante a utilização de idênticas condições gerais com a clientela. Assim, seria facilitada a imposição de condições verdadeiramente onerosas e abusivas no mercado, com a retirada da possibilidade de escolha real dos aderentes.<sup>74</sup>

A situação, que se encontra com frequência, é de *necessidade de contratar* do aderente. Tendo em vista que os contratos de adesão referem-se, constantemente, à aquisição e utilização de bens e serviços imprescindíveis para a vida cotidiana, a aceitação do conteúdo predisposto resulta forçada pela absoluta imprescindibilidade do objeto do contrato para a parte. Mesmo quando há diversas empresas no mercado, elas adotam condições gerais similares, retirando possibilidade autêntica de escolha do aderente.<sup>75</sup>

Decerto, as vantagens e desvantagens apontadas pela doutrina não são absolutas. Por um lado, há necessidade legítima de regulamentação uniforme das relações jurídicas contratuais por adesão, o que permite a formulação unilateral do regramento contratual, inclusive afastando-se regras de direito dispositivo. Por outro, existe igualmente a possibilidade de cometimento de excesso pelo predisponente, ao retirar direitos essenciais da outra parte ou ainda excluir sua responsabilidade, frustrando as expectativas do aderente, pois ele perde exatamente o que o levou a realizar determinado contrato.

De igual modo, é evidente que o regime de contratação por adesão às condições gerais permite maior rapidez no tráfego negocial e redução de custos das empresas e, em consequência, a oferta de bens e serviços em melhores condições no mercado. Contudo, não é menos claro que o regime de monopólio (ainda que de fato) criado pela uniformização das cláusulas contratuais favorece que o predisponente utilize as condições gerais para obter maior benefício, diminuindo sua contraprestação, seus riscos e sua responsabilidade.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.30.

<sup>75</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6.ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007. v.1. p.158. O problema foi primeiramente notado por Georges Ripert (*A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.112-113).

<sup>76</sup> GARCIA-AMIGO, op. cit., p.30-31.

Portanto, se a utilização das condições gerais no tráfego econômico moderno é absolutamente necessária, a solução radical de proibição por lei imperativa da contratação por adesão não é aceitável. Isso porque, além da inviabilidade prática, com ela também desapareceriam as vantagens desse imprescindível modo de contratação. No entanto, é inegável que o perigo real existente na sua utilização deve gerar tratamento jurídico próprio. Antes de discorrer melhor sobre quem é o aderente e as razões jurídicas para a sua proteção, é preciso abordar o conceito de contrato de adesão e suas variadas nomenclaturas.

### 1.3 **Delimitação objetiva. A questão conceitual: o contrato de (por) adesão, a adesão às condições gerais do contrato (cláusulas contratuais gerais) e o contrato *standard***

Raymond Saleilles, como visto, foi o primeiro a cunhar a expressão *contrat d'adhésion*, no sentido de modelo de contratar em que o conteúdo é estabelecido unilateralmente por uma só vontade, cabendo à outra apenas aderir à lei do contrato, sem a possibilidade de interferência nas disposições contratuais.<sup>77</sup> Como ressalta Emmanuel Gounot, no contrato de adesão, a regulamentação dos efeitos e do modo de execução, ao invés de ser feita pelas partes, é obra de uma delas, que possui verdadeiro poder regulamentar.<sup>78</sup>

Assim, o que é essencial no contrato de adesão é a ausência de debate prévio entre as partes, com a predeterminação unilateral do conteúdo contratual.<sup>79</sup> Registre-se que é possível que as estipulações negociais sejam feitas pelo predisponente ou por terceiro, como por associação profissional a que ele pertença,

---

<sup>77</sup> SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.229-230.

<sup>78</sup> GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.227-228.

<sup>79</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.27-28. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

ou mesmo pelo Poder Público.<sup>80</sup> A expressão "contrato de adesão", ao longo do tempo, tornou-se bastante conhecida e foi sendo adotada por diversos autores.<sup>81</sup>

Contudo, desde cedo a nomenclatura recebeu críticas. Para Georges DEREUX, melhor seria dizer *contrat par adhésion*. Isso porque a expressão "contrato de adesão" pode gerar a ideia dúbia de que certa convenção particular será a adesão, como ocorre no caso do contrato *de compra e venda* ou *de locação*. De fato, o que se pretende designar com essa específica modalidade de contratar é a realização de convenção pela simples adesão da pessoa à oferta apresentada por outra, sem haja discussão prévia acerca do conteúdo contratual. Logo, contrato por adesão seria mais preciso, apesar de o próprio autor reconhecer a consagração pelo uso da primeira expressão.<sup>82</sup>

Por sua vez, na Alemanha, nunca prosperou a nomenclatura contrato de adesão, sendo adotada a expressão "condições gerais do contrato" (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*)<sup>83</sup> a partir de 1875 pela jurisprudência, mas ainda como fenômeno factual.<sup>84</sup> Ao que parece, é de se imaginar que a expressão "condições

---

<sup>80</sup> Cf. NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p.4; GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1. p.506.

<sup>81</sup> Cf., exemplificativamente, KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2731, p.629-642, 1943. passim; MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. passim; GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. passim.

<sup>82</sup> DEREUX, Georges. De la nature juridique des 'contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.9, n.3, p.504, 1910. A expressão, todavia, foi adotada alguns autores italianos, como GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. passim; TULLIO, Antonio. *Il contratto per adesione: tra il Diritto Comune dei Contratti e la novella sui contratti dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1997. passim. No Brasil, é acolhida por ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. passim.

<sup>83</sup> Em tradução literal, a expressão significa: "disposições gerais de um negócio jurídico". Cf. MACHADO, Luiz. *Pequeno dicionário jurídico, alemão-português*. Rio de Janeiro: CLC, 1981. p.76.

<sup>84</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.588-1.592. p.1589. Como já mencionado, Raiser, autor do primeiro livro dedicado ao tema, utilizou a nomenclatura "condições gerais do contrato". Cf. RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935. passim. Cf. DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.416-1.417. Afirma que a expressão teria sua origem nos usos do negócio, que continham determinações fundamentais para os negócios jurídicos praticados no mercado.

gerais do contrato" seja anterior à "contrato de adesão", tendo em vista que é em trabalho dedicado ao estudo do direito alemão que Saleilles identificou o fenômeno ao analisar o § 133 do BGB.<sup>85</sup>

O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial no tratamento das condições gerais culminou com a edição, em 1976, da Lei das Condições Gerais Alemã, *AGB-Gesetz*. Com o diploma legislativo, o termo "condições gerais do contrato" tornou-se um conceito legal. No § 1 (1) da *AGB-Gesetz*, a expressão é definida como todas as condições predispostas para pluralidade de contratos que a parte apresenta à outra no momento da conclusão do negócio, independentemente de o integrarem ou não formalmente. No § 1 (2), exclui-se do conceito as condições negociadas singularmente pelas partes.<sup>86</sup>

O entendimento da Corte Federal Alemã e de estudiosos do tema, antes da edição da lei alemã, era no sentido de as condições gerais serem formuladas para utilização em número indeterminado de contratações.<sup>87</sup> Para Hans Stoll, todavia, a pluralidade de contratos mencionada na lei não precisa significar número indefinido de contratações. O fundamental é que as condições gerais tenham sido elaboradas unilateralmente, isto é, não sejam apresentadas à contraparte como proposta de contrato individual aberta ao debate, e sim como o conteúdo já pré-definido para uma diversidade de futuros contratos.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> O autor utiliza a expressão "*qui adhéré aux conditions générales...*". Cf. SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.230.

<sup>86</sup> Cf. SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.556-557, 1977-1978. Como já mencionado, com a Reforma de 2002 no direito das obrigações, o dispositivo foi inserido no BGB, § 305.

<sup>87</sup> RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935. p.15-26. Cf. MICKLITZ, Hans-W. La Loi Allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Un résumé après 11 ans. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *I contratti standard nel Diritto Interno e Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 1991. p.255-256. O autor afirma, porém, que a jurisprudência tendia a estender a aplicação "do espírito" da proteção das condições gerais aos contratos individuais com cláusulas abusivas, com base no princípio da boa-fé objetiva.

<sup>88</sup> STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.274-275. Menciona-se o seguinte exemplo: no caso de um construtor que faça um prédio com dezesseis apartamentos e elabore um contrato para a transferência da propriedade (compra e venda) de cada unidade, os referidos contratos serão classificados como de adesão e se submeterão às regras da Lei de Condições Gerais. Cf., em sentido próximo, SANDROCK, op. cit., p.557.

O legislador italiano, primeiro a regulamentar o tema, também adotou a expressão *condizioni generali di contratto*.<sup>89</sup> Apesar de "contrato de adesão" ter sido ignorada pela lei, a doutrina refere-se a ambos os termos.<sup>90</sup> Para Mario Dosseto, o tratamento jurídico do contrato de adesão será diverso do contrato negociado apenas na hipótese de o seu conteúdo ser formado pelas condições gerais. Assim, a disciplina legal protetiva deverá incidir somente naqueles casos em que o contrato unilateralmente predisposto seja composto de condições destinadas a disciplinar de maneira uniforme série indefinida de relações jurídicas.<sup>91</sup>

O tema encontrou relevância em diversos ordenamentos jurídicos. Afirma Garcia-Amigo que os contratos de adesão caracterizam-se, fundamentalmente, pelo fato de uma das partes (aderente) não fazer nada além de prestar seu assentimento a normativa redigida de forma unilateral pela contraparte para formação do conteúdo da futura relação contratual. Por sua vez, as condições gerais do contrato são formuladas pelo contratante (ou terceiro) para comporem o conteúdo de futuros contratos.

Por conseguinte, não há coincidência de conceitos, já que contrato de adesão e condições gerais referem-se a momentos lógicos e cronologicamente diversos. Por um lado, as condições gerais são redigidas previamente à conclusão do contrato e possuem aplicação em infinidade de contratos. Por outro lado, os contratos de adesão são negócios jurídicos que estabelecem relações jurídicas subjetivas concretas e

---

<sup>89</sup> Art. 1.341 do Código Civil italiano.

<sup>90</sup> Cf. GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. passim.

<sup>91</sup> DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951. p.28-30. Em sentido semelhante, FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*: Corso di Diritto Civile. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1982. p.113. Registre-se que a jurisprudência da Corte de Cassação firmou-se no sentido de que só se poderá cogitar de condições gerais, com a aplicação da disciplina legal, quando dirigidas à conclusão de um número indeterminado de contratos, sob pena de perda da "generalidade" que as caracteriza. Cf. BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2000. v.3. p.343. Mesmo antes do CC italiano, v. SALANDRA, Vittorio. *I contratti di adesione*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v.26, n.1, p.411, 1928: "*identificato il contratto di adesione come quello che ha luogo quando le condizioni contrattuali sono adottate nei rapporti con più persone, con le quali si concludono contratti separati. Il contratto di adesione presuppone dunque la predisposizione di uno schema comune di condizioni contrattuali, al quali si possa aderire, cioè dare il proprio consenso nel singolo caso*".

independentes dos demais contratos que sejam celebrados com base nas mesmas condições gerais.<sup>92</sup>

A discussão acerca da abrangência da expressão "contrato de adesão" também é enfrentada pela lei portuguesa. Em primeiro lugar, no direito português,<sup>93</sup> não se adota a denominação "condições gerais do contrato", mas sim "cláusulas contratuais gerais". De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, que elaboraram o Anteprojeto de Lei português, "evitou-se o emprego do termo 'condição', que na literatura jurídica possui um sentido estrito consagrado". Para os autores, seria mais correta e tradicional a expressão "cláusula" "para designar dispositivos inseridos em contratos ou a isso destinados".<sup>94</sup>

No entanto, a expressão "cláusulas contratuais gerais" também é suscetível de críticas, por poder gerar certo equívoco com as chamadas cláusulas gerais.<sup>95</sup> Como lembra Joaquim de Sousa Ribeiro, no campo da contratação massificada, o vocábulo "condição" é utilizado conjuntamente com "qualificativos adjectivantes" e forma locução de cunho inconfundível. Ademais, o termo "condição" coloca imediatamente em relevo a relação de dependência que o predisponente estabelece entre a aceitação da cláusula e a conclusão do negócio.<sup>96</sup>

Retoma-se a questão central da relação entre o contrato de adesão e as condições gerais do contrato (ou cláusulas contratuais gerais), que possui verdadeira relevância prática. Afirma Ribeiro que há duas diferentes fases em relação a esta realidade de contratar, que compõem processo integrado por dois momentos sucessivos.

---

<sup>92</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.136-137.

<sup>93</sup> Art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446 de outubro de 1985.

<sup>94</sup> COSTA, Mário de Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1986. p.18.

<sup>95</sup> É uma observação dos próprios autores. Cf. COSTA; CORDEIRO, loc. cit., p.18). Sobre o conceito de cláusulas gerais, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.273-376. Guido Alpa destaca que a expressão *condizioni generali di contratto* não pode ser confundida com o instrumento técnico da condição nem com as cláusulas gerais que se encontram na interpretação da lei. Cf. ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006. p.32.

<sup>96</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.130-131. Em sentido próximo, Cf. GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.63.

No primeiro momento, são elaboradas cláusulas contratuais gerais (ou condições gerais do contrato), para formar o conteúdo do futuro contrato, acentuando a fase preparatória de futuras vinculações contratuais. No segundo, há o contrato de adesão, focalizado no ponto terminal de todo o processo.<sup>97</sup> De modo semelhante, define António Pinto Monteiro:

Há, assim, que separar duas fases: a da *elaboração das cláusulas*, que *antecede e abstrai* dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase *estática*; e a da *celebração de cada contrato singular*, isto é, a fase em que se celebra efetivamente o contrato com alguém, que é a *fase dinâmica* em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de *adesão* e que integra aquelas cláusulas. Estas duas fases constituem dois momentos distintos do processo de contratação. E originaram diferentes designações para o mesmo fenómeno.<sup>98</sup>

Além disso, a fórmula "contratos de adesão" é mais ampla, pois abrange todos os casos de imposição unilateral de cláusulas prefixadas, mesmo que tenham sido elaboradas para modelar uma única relação contratual, o que, todavia, será hipótese excepcional.<sup>99</sup> Outrossim, o conteúdo do contrato de adesão não é restrito às condições gerais, já que pode haver cláusulas livremente negociadas inseridas nele.<sup>100</sup> Nada obstante, mantêm relação de interdependência, pois a regra é que o contrato de adesão tenha como conteúdo principal condições gerais e que estas tenham sua principal utilização naqueles.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.131-134.

<sup>98</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.7, jul./set. 2001.

<sup>99</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.181-206. p.187. A lei portuguesa expressamente estende a proteção aos "contratos de adesão individuais" no art. 1.º do DL. n.º 446/85. Voltar-se-á ao tema no item 2.3, quando serão tratadas as características do contrato de adesão.

<sup>100</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.35, mar. 1977. Nesse sentido, o próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece "a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza do contrato de adesão" (art. 54 §1.º).

<sup>101</sup> Cf. STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p.215 e segs, que utilizam a nomenclatura contratos por adesão a condições gerais.

No direito brasileiro, mesmo antes de qualquer previsão legislativa, o tema já ensinava estudo doutrinário. Para Orlando Gomes, o termo jurídico "contrato de adesão" pode ser definido como o negócio jurídico bilateral em que "a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas". Logo, não é concebida pelo autor a hipótese do contrato de adesão "individualizado", que é feito para reger relação jurídica única.

Dessa forma, para o autor, a figura jurídica do contrato de adesão apresenta-se sob dois aspectos, conforme o ângulo que seja focalizada. Se considerada a perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe o nome de condições gerais do contrato. Diversamente, se encarada no plano da efetividade, é chamada de contrato de adesão, com a inevitável aceitação das condições unilateralmente formuladas.<sup>102</sup>

Outras denominações, como contrato *standard*, também são de uso constante pela doutrina.<sup>103</sup> A tradução do termo "condições gerais do contrato" para o inglês é *standard contract terms*, que, como visto, tem por pressuposto a elaboração das condições para serem utilizadas como conteúdo de pluralidade de contratos.<sup>104</sup> Assim, a denominação contrato *standard* visa a destacar a padronização da matéria contratual, fruto do fenômeno de massificação do tráfego econômico pós-revolução industrial.<sup>105</sup> Com efeito, o seu conteúdo vem inteiramente predisposto para a regulamentação estandardizada de bens e serviços ofertados no mercado.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.3-5. Em sentido próximo, v. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.p.38: "a relação existente entre condições gerais e contrato de adesão é, respectivamente, de conteúdo e continente, de matéria e instrumento de eficácia".

<sup>103</sup> Cf., exemplificativamente, ROPPO, Enzo. *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano: Giuffrè, 1989. passim.

<sup>104</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.589.

<sup>105</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho y masificación social. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.1. p.869.

<sup>106</sup> GENOVESE, Andrea. *L'interpretazione del contratto standard*. Milano: Giuffrè, 2008.p.4-5.

O conceito de contrato *standard*, por conseguinte, não coincide com o de contrato de adesão, cujo conteúdo predisposto pode ter sua aplicação restrita a única relação jurídica. As condições gerais do contrato obedecem a intuito uniformizador do conteúdo de série de contratos que reiteradamente são celebrados e originam, dessa feita, contratos *standards*. Já o conceito de contrato de adesão possui como requisito necessário (e suficiente) a aceitação, sem possibilidade de discussão, de cláusulas prefixadas.

Portanto, além de ressaltar momento diverso, o conceito de contrato de adesão possui maior abrangência do que o de condições gerais do contrato (que formam o conteúdo do contrato *standard*) e engloba também os contratos feitos de forma predisposta para regulamentar única relação jurídica. O fundamental para a definição desta modalidade de contratar é saber se as cláusulas do futuro contrato são rigidamente predeterminadas pela parte e apresentadas para a aceitação da outra.<sup>107</sup> A repetição do conteúdo do contrato em diversas relações jurídicas concretas é mera consequência da prática negocial na sociedade de massa, não participando do núcleo essencial do conceito.<sup>108</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, no *caput* do art. 54, trouxe conceito legal de contrato de adesão, segundo o qual "é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".<sup>109</sup> Como se depreende do texto legal, não está previsto como requisito necessário a elaboração de condições gerais com a finalidade de aplicação a número indeterminado de relações jurídicas. Logo, é possível ser aplicada a disciplina

---

<sup>107</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.91.

<sup>108</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. La buona fede. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Roma: Maggioli Editore, 1984. p.119.

<sup>109</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.233, para quem, não obstante o reconhecimento pelo CC de que o aderente é merecedor de uma tutela especial, à míngua de uma definição na Lei Civil, permanece aplicável a do CDC.

legal aos contratos de adesão "individualizados", que não tenham o seu conteúdo formado por condições gerais.<sup>110</sup>

Decerto, seja pela consagração histórica, seja pela amplitude do conceito, pretende-se adotar a denominação *contrato de adesão* para definir o fenômeno no qual uma das partes estabelece unilateralmente o conteúdo do futuro contrato, restando à outra aderir ao regramento contratual sem oportunidade de alterá-lo substancialmente ou mesmo de debate prévio. Superada a dimensão objetiva, passa-se ao exame do aspecto subjetivo do contrato de adesão, em especial à análise de quem seja o aderente, com ênfase nas relações civis e empresariais.

#### 1.4 **Delimitação subjetiva. A relação jurídica de adesão civil: o predisponente e o aderente nos contratos de adesão não consumeristas – Os *business to business contracts***

A relação jurídica de adesão possui dois titulares: o *predisponente*, aquele que estabelece unilateralmente o conteúdo do contrato, sendo, normalmente, sociedade empresária que exerce determinada atividade econômica; e o *aderente*, que aceita o conteúdo contratual sem que possa discuti-lo, podendo tanto ser pessoa física ou jurídica, empresário ou não. Por evidente, deve ser desde logo afirmado que a disciplina jurídica dos contratos de adesão não é exclusividade das relações de consumo.<sup>111</sup>

Como já mencionado, a origem do fenômeno da contratação por adesão deu-se com as revoluções liberais, o fortalecimento da burguesia e a conseqüente a formação

---

<sup>110</sup> Essa parece ser a opinião de Nery Jr. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1. p.529. O autor afirma que "a definição desse tipo contratual é feita pela *forma de contratação* e não pelo objeto da relação contratual". Destaque no original. Em sentido contrário, com crítica ao dispositivo legal por ter confundido os conceitos, v. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.41.

<sup>111</sup> Nesse sentido, o Enunciado n.º 171 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), segundo o qual "o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo".

da sociedade de massa.<sup>112</sup> Dentro de tal contexto histórico, a técnica de contratação estandardizada refletia, de modo quase exclusivo, a organização empresarial e sua presença no mercado e justificava-se em razão das vantagens, já apresentadas, de economicidade de gestão e celeridade.<sup>113</sup>

Com o aparecimento do contrato de adesão, principalmente na sua versão formada pelas condições gerais (contrato *standard*), houve revolução na teoria contratual tradicional, em razão de este modo de contratar ocasionar grave restrição na liberdade contratual.<sup>114</sup> Com efeito, surgiu construção doutrinária no sentido de que, como no contrato de adesão, o consentimento de uma parte, mais fraca, é restrito à simples aceitação das condições impostas pela outra parte, mais forte, sem a possibilidade de livre discussão do conteúdo, justifica-se a intervenção do legislador e do juiz em razão da desigualdade de poder existente entre as partes.<sup>115</sup>

Desse modo, com a padronização de produtos e serviços para oferta massificada no mercado, é mais do que natural associar os dois fenômenos, da contratação por adesão e da relação jurídica de consumo, pois surgiram no mesmo momento histórico. Por conseguinte, acaba-se por restringir subjetivamente o conceito de contrato de adesão, considerando-o como aquele em que o consumidor-aderente, parte mais fraca da relação, adere às estipulações da contraparte, o fornecedor-predisponente, que possui verdadeiro poder de barganha.<sup>116</sup>

Nada obstante, desde sua origem no direito alemão, o berço das condições gerais do contrato, a jurisprudência não se restringia à valoração do conteúdo dos

---

<sup>112</sup> Cf. JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.8-9, 1937.

<sup>113</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.313.

<sup>114</sup> BOLGAR, Vera. The contract of adhesion: a comparison of theory and practice. *The American Journal of Comparative Law*, v.20, n.1, p.55-56, 1972. Cf. ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985. p.731.

<sup>115</sup> RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955. p.271. Cf. JOSSERAND, op. cit., p.4: "a l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité effective en instituant une politique de réglementation et d'interventionnisme". Sobre as razões jurídicas para a proteção do aderente, v. próximo item.

<sup>116</sup> A observação crítica é feita por MARKESINIS, Basil S. *The German Law of contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. p.53.

contratos consumeristas e exercia o controle em contratos celebrados entre sociedades empresárias, os *business to business (b2b) contracts*.<sup>117</sup> Com a Lei de Condições Gerais (AGB-Gesetz), foi estabelecida disciplina de tutela generalizada a todos os aderentes, mas com níveis diferenciados, conforme a qualidade subjetiva de consumidor ou não.<sup>118</sup>

De modo semelhante, no direito português, prevalece o entendimento de que a disciplina protetiva dos contratos de adesão (e das cláusulas contratuais gerais) é aplicável independentemente da condição subjetiva do aderente.<sup>119</sup> Por influência germânica,<sup>120</sup> foi adotada solução dual, com a técnica legislativa de duas listas de enumeração de conteúdos proibidos. Assim, foi feita diferenciação entre grupo de proibições mais extenso que só atua quando o aderente é consumidor e outro grupo de proibições de alcance genérico incidente em todos os casos, além de uma cláusula geral de boa-fé de aplicação também genérica.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p.175-176.

<sup>118</sup> Cf. ŠULIJA, Gintautas. *Standard contract terms in cross-border business transactions: a comparative study from the perspective of European Union Law*, Studien Zum Europäischen Privat- Und Prozessrecht, Bd. 14. Frankfurt: P. Lang, 2011.p.56-57 e p.83-84. Em sentido próximo, v. STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.270-271. Contudo, há forte crítica doutrinária ao excesso de protecionismo judicial nas relações não consumeristas. Cf. MICKLITZ, Hans-W. La Loi Allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Un résumé après 11 ans. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *I contratti standard nel Diritto Interno e Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 1991. p.254-255; FONASIER, Matteo. Die Klauselkontrolle im Unternehmerischen Geschäftsverkehr. In: *Sonderdruck aus Schwerpunkte des Kartellrechts 2011*. Carl Heymanns Verlag, 2011. p.17-30, passim, com amplas referências bibliográficas.

<sup>119</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.183. Cf. ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*: Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Coimbra, 2013.p.32, que menciona decisão do STJ português (Revista n.º 3659/05, 6.ª Secção) no sentido de que a referência legal à expressão "'destinatário' abrange quaisquer contratos de adesão, com cláusulas gerais, independentemente de serem contratos de consumo ou outros contratos, nestes incluídos os contratos entre empresários".

<sup>120</sup> PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 2010. p.106-107. A autora também destaca a possível influência do direito italiano, nos arts. 1.341 e 1.342 do Código Civil.

<sup>121</sup> BARROS, José Manuel Araújo. *Cláusulas contratuais gerais*: DL n.º 446/85 - anotado, recolha jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2010. p.24. As proibições de âmbito genérico constam dos arts. 18 e 19; as aplicáveis exclusivamente nas relações de consumo, dos arts. 21 e 22.

No direito brasileiro também prevalece que o importante para o conceito de contrato de adesão é a qualidade da contratação, não a do contraente protegido.<sup>122</sup> O Código Civil de 2002, como visto, trouxe duas normas atinentes aos contratos de adesão, nos arts. 423 e 424. Por sua vez, há disciplina específica no Código de Defesa do Consumidor para os contratos de adesão que tenham como titular da relação jurídica parte que é consumidor.<sup>123</sup> Deve-se logo destacar, todavia, que não há conflito de previsões, tendo cada diploma legislativo campo próprio de aplicação. O CC trata da relação jurídica de adesão civil e empresarial, enquanto o CDC aplica-se às relações jurídicas de consumo, sejam ou não formadas por adesão.

Como ressalta Joaquim de Sousa Ribeiro, quando o aderente também é consumidor, ambos os códigos são potencialmente aplicáveis. No entanto, em razão da maior amplitude protetiva da legislação consumerista, as disposições do CC tenderão a somente incidirem, na prática, nas relações jurídicas não de consumo, sendo as relações consumeristas submetidas às normas do CDC.<sup>124</sup> Ressalte-se que não existe qualquer colisão valorativa, pois, como se verá, a disciplina protetiva dos dois diplomas normativos justifica-se nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e sempre deverá conformar-se aos valores constitucionais.<sup>125</sup>

Dessa feita, com a vigência simultânea do CDC e do CC, passou a existir no direito brasileiro *sistema dual*, que consagra a tutela de todos os aderentes, mas com níveis diferenciados de proteção, conforme o sujeito protegido detenha ou não a qualidade de consumidor. Por evidente, o Código Civil, mesmo sendo voltado para reger relações paritárias, não é infenso a disciplina protetiva de uma das partes contratantes. Em consequência, o critério subjetivo (ser ou não consumidor) somente

---

<sup>122</sup> Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (fim de 1943-1945). Os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. v.2. p.162: "seja qual for o regime, seja qual for a categoria econômico-social dos sujeitos de tal relação jurídica. Em verdade, quase ninguém deixa de praticá-lo, a cada dia - pobre, rico, grandes, pequenos, indivíduos, entidades coletivas".

<sup>123</sup> Art. 54 do CDC.

<sup>124</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.89. Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou antinomias? *Revista da EMERJ*, v.5, n.20, p.107-108, 2002.

<sup>125</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.240.

serve para quantificar o grau de proteção, mas não para definir qualitativamente quem seja aderente.

Em razão da definição pela negativa, as situações jurídicas subjetivas que compõem os contratos de adesão não consumeristas são bastantes díspares, o que dificulta teorização. Logo, fundamental realizar a interpretação a contrário *sensu*, pois, para saber quem poderá ser o aderente civil e empresarial, deve ser antes apresentado qual o conceito de consumidor adotado pelo direito brasileiro, ainda que em apertada síntese.<sup>126</sup>

A proteção do consumidor, mais do que política pública, é o cumprimento de mandamento constitucional, como direito fundamental e princípio da ordem econômica.<sup>127</sup> Em razão de presunção de vulnerabilidade pela lei (art. 4.º, I do CDC), justifica-se a necessidade de tutela especial deste sujeito, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>128</sup> Registre-se, porém, que o direito do consumidor não poderá ser tratado como gueto legislativo (microsistema), devendo, pelo contrário, ser reconduzido a tábua axiológica constitucional.<sup>129</sup>

Com efeito, conforme definido pelo *caput* do art. 2.º da Lei Consumerista, "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Para lei brasileira, não só as pessoas naturais serão consumidores, mas é possível que as pessoas jurídicas também se qualifiquem como consumidoras, desde que sejam *destinatários finais*.

Por um lado, para corrente denominada finalista, a expressão "destinatário final" da Lei deve ser interpretada de maneira estrita, em conformidade com os princípios básicos do CDC, em especial nos arts. 4.º e 6.º, que definem o consumidor

---

<sup>126</sup> Nesse ponto, pretende-se abordar somente o conceito de consumidor *stricto sensu* do art. 2.º do CDC, sendo que o chamado consumidor equiparado pelo art. 29 do CDC será tratado no item 3.5.

<sup>127</sup> Arts. 5.º, XXXII e 170, V da Constituição da República.

<sup>128</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p.149-150.

<sup>129</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.250.

como vulnerável.<sup>130</sup> Trata-se de interpretação que restringe a figura do consumidor àquele que adquire produto ou serviço para uso não-profissional próprio ou de sua família. Isso porque o objetivo do CDC é de tutela da parte vulnerável, hipótese em que o consumidor é realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não de casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.<sup>131</sup>

Por outro lado, para corrente maximalista, as normas do CDC formam o novo regramento do mercado de consumo brasileiro, não sendo voltadas exclusivamente para a proteção do consumidor não-profissional. Nesse sentido, a definição legal deve interpretada de forma mais extensa possível, para que se alcance número cada vez maior de relações no mercado. O destinatário final deve ser visto de forma objetiva, não importando se é pessoa física ou jurídica, se há ou não finalidade de lucro quando se adquire produto ou se utiliza serviço, desde que retire tal produto ou serviço do mercado. Por conseguinte, defende-se que a pergunta da vulnerabilidade em concreto não seria importante diante dos métodos contratuais massificados, como o uso de contrato de adesão, sendo que todo e qualquer contratante-aderente deveria ser considerado vulnerável.<sup>132</sup>

A posição que vem prevalecendo, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é a finalista aprofundada ou mitigada, no sentido de que a regra do *caput* do art. 2.º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4.º do CDC.<sup>133</sup> A peça-chave para a definição de consumidor é a sua *vulnerabilidade no*

---

<sup>130</sup> Cf. Antônio Herman V. Benjamin. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do Anteprojeto. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1. p.26: "o traço marcante da conceituação de 'consumidor', no nosso entender, está na perspectiva que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como *vulnerável*".

<sup>131</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.71.

<sup>132</sup> BENJAMIN; MARQUES; BESSA, loc. cit.

<sup>133</sup> Cf. no STJ: "[...] 1. Hipótese em que, em verdade, não há divergência entre os acórdãos comparados, pois todos aplicam a teoria finalista mitigada, que admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente destinatárias finais do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor. 2. Entretanto, no acórdão embargado, a Primeira Turma afirmou que a hipótese é de "ausência de demonstração de vulnerabilidade" da pessoa jurídica agravante (fls. 1.446-1.447). A reforma dessa conclusão pressupõe novo julgamento

*mercado de consumo*.<sup>134</sup> No caso das pessoas jurídicas, o *caput* do art. 2.º do CDC deverá ter sua aplicação restringida, no sentido da existência de necessidade em concreto de comprovação da vulnerabilidade.

Nos casos excepcionais envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise*, desde que fique provada sua vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Em consequência, serão submetidos às normas consumeristas os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e ainda entre o fornecedor e o consumidor-profissional, quando estiver em situação equiparável ao não-profissional, na hipótese em que o contrato não seja relacionado diretamente com a sua atividade econômica e que haja concreta vulnerabilidade, seja ele pessoa física ou jurídica.<sup>135</sup>

Portanto, retorna-se ao estudo dos contratos de adesão civis e empresariais, que serão aqueles em que nenhuma das partes terá a qualidade de consumidor, conforme definido pela Lei Consumerista. Desse modo, deve ser destacado que parte considerável dos contratos de adesão serão formados em relações interempresariais,

---

do Recurso Especial, com análise detida do acórdão recorrido, o que não pode ser obtido por esta via. 3. Haveria divergência se os paradigmas indicados afirmassem que, para a incidência do regime protetivo do CDC, seria dispensável a análise da situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica sempre que se tratar de serviço público essencial. Em nenhum deles, contudo, está assentada essa tese. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1.331.112/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 03/12/2014, DJe 02/02/2015). Cf., igualmente, "[...] 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. [...] 2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva. 3. Na espécie, dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no art. 29 do CDC. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do CDC. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 567.192/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 29/10/2014), destacou-se. Voltar-se-á ao ponto no item 3.5.

<sup>134</sup> Sobre o conceito e espécies de vulnerabilidade, v. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.320-342.

<sup>135</sup> Cf. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.72-73.

denominados *business to business (b2b) contracts*, em que não se verifica situação de vulnerabilidade *a priori* entre as partes.<sup>136</sup>

Diversamente, tratam-se de relações jurídicas paritárias, nas quais, porém, o legislador concede proteção especial voltada para o momento de sua formação, por reconhecer a presença de disparidade de poder negocial entre os contratantes em razão de o conteúdo negocial ser definido unilateralmente. Ademais, diferentemente de outros ordenamentos,<sup>137</sup> o direito brasileiro não exige nem que o predisponente assumira a qualidade de empresário ou mesmo de profissional. Apesar de ser hipótese bastante excepcional, é possível que o instrumento do contrato de adesão possa ser utilizado por duas pessoas físicas.<sup>138</sup>

Se o argumento da superioridade econômica da parte que predispõe o contrato foi durante muito tempo quase que incontestavelmente repetido, hoje buscam-se novas justificativas para a proteção do aderente e para o controle de merecimento de tutela das estipulações contratuais, principalmente nas relações jurídicas interempresariais (*b2b contracts*). A seguir, pretende-se abordar as principais razões jurídicas apresentadas pela doutrina para, posteriormente, analisar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo-se sempre em conta a tábua axiológica constitucional.

### 1.5 A desigualdade de poder negocial na relação jurídica por adesão

Desde os primeiros estudos doutrinários acerca do contrato de adesão e das condições gerais, foi levantada, como principal justificativa para a proteção do aderente, a necessidade de garantir a paridade jurídica e econômica entre os contratantes e

---

<sup>136</sup> Além do contrato de adesão consumerista, também não se pretende focar no estudo do contrato de trabalho, pois possui regime jurídico próprio, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – Decreto-Lei n.º 127 de 1967, que demandaria análise mais detida fora do âmbito do presente trabalho.

<sup>137</sup> No âmbito da União Europeia, há a Diretiva n.º 93/13/CEE, que define o predisponente como profissional. Sobre o ponto, v. Díez-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.320-2.321.

<sup>138</sup> Em sentido contrário, LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.61.

de igualar a disparidade de poder negocial existente.<sup>139</sup> Decerto, a "nobreza" da teoria contratual clássica consistia na discussão entre partes livres e iguais, que davam seu consentimento a algo que lhes foi querido e planejado e, então, estavam obrigadas a cumpri-lo, o que não mais existe nos contratos de adesão.<sup>140</sup>

Conforme Emmanuel Gounot, a teoria contratual, com as transformações sociais e econômicas, foi cada vez mais se distanciando da prática, e o contrato "típico", com duas partes em idêntica posição jurídica e econômica, desapareceu da vida social.<sup>141</sup> Neste novo modo de contratar, haveria somente ato de poder econômico, restando à outra parte aceitar o conteúdo contratual como todo ou recusar em bloco a sua adesão: *c'est à prendre ou à laisser*.<sup>142</sup>

De modo semelhante, Louis Josserand afirma que, pela concepção tradicional, cada contrato consistia unidade independente, concluído para regulamentar determinada relação e após o debate pelas partes acerca de seu conteúdo. Contudo, com as mudanças provocadas pela concentração de capital e de empresas, viu-se aparecer novo modo de contratar, em que a convenção é redigida unilateralmente, contendo oferta dirigida ao público, a que qualquer um poderá aderir, mas sem a possibilidade de discussão acerca das estipulações contratuais.<sup>143</sup>

Assim, no contrato de adesão, as estruturas da operação contratual encontram-se gravemente perturbadas. A técnica de contratar é transportada para novo plano, no qual aparece desigualdade flagrante nos papéis exercidos pelas partes. Enquanto uma possui a iniciativa de formulação e pré-redação do conteúdo contratual, com

---

<sup>139</sup> O "*problema di garantire la parità giuridica ed economica dei contraenti, e di perequare le disparità di potere esistenti*", já era levantado por RAISER, Ludwig. *Funzione del contratto e libertà contrattuale*. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.101. Cf. DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.414-1.415, para quem o uso das condições gerais do contrato levanta a questão da necessidade de proteção do aderente e o seu limite, tendo em vista a consequente intervenção no conteúdo de contratos privados e sua contraposição com o princípio da liberdade contratual.

<sup>140</sup> RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955. p.271.

<sup>141</sup> GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.13-14.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>143</sup> JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.8, 1937.

poder de barganha, a outra somente se limita a entrar em combinação estabelecida previamente sem sua participação. Como consequência, a autonomia da parte aderente é reduzida ao mínimo, à escolha entre a conclusão ou não do contrato.<sup>144</sup>

A intervenção do juiz e do legislador justificam-se como forma de impedir que abusos sejam cometidos pelo predisponente em razão da desigualdade de poder existente na relação negocial, já que ele tende a aproveitar-se da sua dominação econômica.<sup>145</sup> Dessa feita, verifica-se necessidade de "vigilância" da parte poderosa e, correlativamente, de proteção da parte fraca, por meio de arsenal jurídico próprio.<sup>146</sup>

Em sentido próximo, afirma Francesco Messineo que é a falta de participação na determinação do conteúdo do contrato pela parte contratante economicamente débil que justifica os favores concedidos pela lei (italiana) em sua proteção. Isso porque o equivalente jurídico da paridade econômica entre os contratantes consiste na possibilidade, que lhes é garantida, de influir na determinação ou na escolha do conteúdo contratual. Quando essa possibilidade não existe, em razão da superioridade econômica de uma das partes, o contrato não poderá ser considerado constituído regularmente.<sup>147</sup>

Como destaca Alessandro Giordano, a disparidade de forças entre os contratantes, todavia, possui caráter de *relatividade*, no sentido de que se restringe ao momento de formação do contrato, quando a parte aderente, *de fato*, não possui o mesmo poder que a outra, pois é constrangida a contratar sobre a base de condições predispostas pela contraparte.<sup>148</sup> Como consequência, a lei italiana considera como tipicamente mais fraca (débil) a posição do contraente que somente possui a escolha entre aprovação

---

<sup>144</sup> JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.9, 1937.

<sup>145</sup> SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3.ed. Première Série: Panorama Des Mutations. Paris: Dalloz, 1964. p.87.

<sup>146</sup> RIEG, Alfred. Contrat type et contrat d'adhésion. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.112.

<sup>147</sup> MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946. p.214. Nesse sentido, BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994. p.97-98; CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Napoli: ESI, 2011. p.187.

<sup>148</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.124.

ou recusa em bloco das condições gerais.<sup>149</sup> Desse modo, a função do direito é evitar que a parte mais forte possa desenhar vantagem injusta e ilícita da situação de inferioridade em que se encontra o contratante aderente *na fase formativa do contrato*.<sup>150</sup>

Contudo, segundo Anteo Genovese, a opinião antes exposta, apesar do mérito de trazer luz para determinados aspectos da realidade econômica, tem a falha de não ter presente todo o âmbito de aplicação da disciplina das condições gerais do contrato. Para o autor, a equação predisponente como sujeito economicamente mais forte constitui critério jurídico impreciso, tendo em vista a incerteza e a variabilidade dos fatores econômicos que concorrem para formar aquela situação de prevalência.<sup>151</sup> Nesse sentido, é possível que um operador do mercado econômico, como um grande comerciante ou industrial, encontre-se na posição de aderente, em contrato entre duas sociedades empresárias.<sup>152</sup>

Como antes já enfatizado, os contratos de adesão não são modo de contratar exclusivo das relações de consumo, sendo adotados de forma corrente nos *b2b contracts*. Os tipos contratuais mencionados nos primeiros estudos acerca do contrato de adesão, porém, focavam-se, massivamente, em hipóteses de relação de consumo, além do contrato de trabalho.<sup>153</sup> Em razão do surgimento no mesmo contexto histórico pós-revolução industrial e de ascensão burguesa, houve a associação dos fenômenos. Decerto, a lógica de proteção da parte aderente focada exclusivamente

---

<sup>149</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.125.

<sup>150</sup> Ibid., p.127.

<sup>151</sup> GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.141-143.

<sup>152</sup> Ibid., p.144. Cf. SALANDRA, Vittorio. I contratti di adesione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v.26, n.1, p.411, 1928; PIANESI, Ermanno. *Le condizioni generali nei contratti degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1966.p.8.

<sup>153</sup> Cf. SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.230; BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.39. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132); RIEG, Alfred. Contrat type et contrat d'adhésion. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.107.

em sua inferioridade econômica funciona bem em alguns casos.<sup>154</sup> Nada obstante, mesmo nas relações de consumo, a desigualdade existente entre as partes (*rectius*, vulnerabilidade) não é necessariamente econômica.<sup>155</sup>

A ausência de debate prévio na contratação por adesão é, muitas vezes, consequência da concentração de poder de decisão na produção e distribuição de bens e serviços nas relações jurídicas de massa.<sup>156</sup> Nesse sentido, em determinadas situações jurídicas, há verdadeira relação de poder entre o contratante que predispõe o conteúdo contratual e a parte que se limita a aderir ao já estabelecido. Em tais casos, o contrato de adesão pode ser visto como lugar de poder em que uma parte "forte" submete a outra "fraca" à sua vontade, ainda que não haja superioridade econômica do contratante.<sup>157</sup>

A situação de desequilíbrio significativo de poderes negociais justifica a necessidade de intervenção heterônoma em determinadas relações jurídicas contratuais. Assim, o juiz e o legislador deverão reagir ao desequilíbrio de forças no contrato e tutelar a parte aderente, sobre o fundamento que a parte "forte" poderá impor os termos do contrato em seu exclusivo interesse, com a elaboração de cláusulas desequilibradas.<sup>158</sup> Contudo, ainda que se verifique desigualdade de poder negocial entre as partes nos contratos de adesão, as situações jurídicas devem ser separadas,

---

<sup>154</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé*: Thémis. Droit. Paris: Presses universitaires de France, 2011. p.427. O foco da doutrina francesa, ao analisar a desigualdade entre as partes no tratamento jurídico do contrato de adesão, é bastante restrito, sendo o espectro constricto a alguns contratos específicos, nos quais há uma lógica protetiva peculiar, como o contrato de consumo, de trabalho, de locação residencial e de seguro. (Cf. LITTY, Olivier. *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris: LGDJ, 1999. passim. (Bibliothèque de Droit Privé, t.322)).

<sup>155</sup> Decerto, a própria doutrina consumerista reconhece a existência de diversos tipos de vulnerabilidade. (Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.320-342).

<sup>156</sup> GHESTIN, Jacques; MARCHESSAUX-VAN MELLE, Isabelle. Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en Droit Français et en Droit Européens. In: *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*. Org. Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne e Université Catholique de Louvain. Paris: LGDJ, 1996. p.2. (Bibliothèque de Droit Privé, t.261).

<sup>157</sup> LOKIEC, Pascal. *Contrat et pouvoir: essai sur les transformations du Droit Privé des rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de Droit Privé, t.408). p.59 e segs.

<sup>158</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé*: Thémis. Droit. Paris: Presses universitaires de France, 2011. p.439-440. Cf. GHESTIN; MARCHESSAUX-VAN MELLE, op. cit., p.12.

não se podendo considerar que sempre haverá predisponente com superioridade econômica e aderente débil.<sup>159</sup>

Parte relevante da doutrina alemã adota perspectiva diversa para justificar a possibilidade de controle das condições gerais do contrato nas relações jurídicas entre empresários, que não fundada na desigualdade do *bargaining power*.<sup>160</sup> A razão para a intervenção no conteúdo dos contratos de adesão (*rectius*, nas condições gerais do contrato) encontra-se no fato de que as partes não estão dispostas a negociar os detalhes do conteúdo contratual a cada contratação. Isso porque a necessidade de discussão individualizada contradiz o próprio objetivo do uso das condições gerais. Dessa forma, a redução de tempo e de custo de cada transação é estímulo muito forte (*strong incentive*), mesmo para a parte aderente que tenha alta posição no mercado.<sup>161</sup>

Empresários, do mesmo modo que consumidores, tendem a aceitar as condições gerais porque consideram desnecessário investir tempo e dinheiro estudando complexo de regras que contém contingências que usualmente não se materializam, ou ainda procurando outros parceiros contratuais com melhores condições. Assim, no uso das condições gerais do contrato, constitui-se situação em que há falha parcial do mercado (*partial failure of the market*).<sup>162</sup> Em consequência, como os mecanismos do livre mercado não são capazes de assegurar a proteção adequada

---

<sup>159</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.92-93.

<sup>160</sup> KÖTZ, Hein. Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine Rechts ökonomische Skizze. *Jus*, p.210, 2003. V. ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p.175-176; FONASIER, Matteo. Die Klauselkontrolle im Unternehmerischen Geschäftsverkehr. In: *Sonderdruck aus Schwerpunkte des Kartellrechts 2011*. Carl Heymanns Verlag, 2011. p.19-20. O último autor ainda critica a posição dominante, mesmo para relação consumerista, pois o direito das condições gerais (*AGB-Rechts*) somente permite a avaliação de algumas cláusulas secundárias do contrato (direito dispositivo) e não uma avaliação da relação de equivalência do contrato em sua totalidade.

<sup>161</sup> MARKESINIS, Basil S. *The German Law of contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. p.165.

<sup>162</sup> Cf. ZIMMERMANN, op. cit., p.176: "*competition, in other words, is not likely to lead, and has not led in the past, to the emergence of fairly balanced sets of standard contract terms*".

de ambas as partes, os tribunais devem intervir para garantir que não haja a retirada ou grave restrição de direitos essenciais a natureza do contrato.<sup>163</sup>

Portanto, dentro desta concepção, a aplicação da lei (alemã) independe de qualquer prova acerca da inferioridade do aderente. A finalidade da lei é opor-se ao perigo de aproveitamento do poder de predisposição unilateral pelo predisponente, independentemente de sua posição no mercado. A razão econômica para a aceitação das condições gerais, pelo *business man*, é a redução dos custos de transação (*Transaktionskosten*), levando-se ainda em conta a pouca chance de o risco se realizar.<sup>164</sup>

Por sua vez, a razão jurídica apontada para o controle de merecimento de tutela do conteúdo do contrato é a existência de assimetria de informação (*Informationsasymmetrie*). Com efeito, no momento da conclusão do contrato, as informações que possuem relevância para a realização do negócio estão distribuídas de forma desigual entre as partes. Por esse motivo, a parte aderente confia que o conteúdo do contrato será suficiente para alcançar a finalidade para a qual realizou aquela relação jurídica negocial.<sup>165</sup>

Se, por meio da predisposição unilateral, o contratante altera os riscos contratuais nas condições gerais de forma a colocar a parte que adere em situação de desvantagem exagerada e contrária aos ditames boa-fé, havendo a retirada de direitos essenciais a natureza do negócio, será possível o controle do conteúdo pelo judiciário. Nesse caso, aplica-se a cláusula geral do § 307 do BGB (antigo § 9.º da *AGB-Gesetz*), mesmo que se trate de relação jurídica fora do âmbito de consumo.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Cf. MARKESINIS, Basil S. *The German Law of contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. p.165.

<sup>164</sup> KÖTZ, Hein. Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine Rechts ökonomische Skizze. *Jus*, p.211, 2003.

<sup>165</sup> Ibid., p.212. Além do direito alemão, o argumento da assimetria de informação nos contratos de adesão também é debatido no sistema da *common law*. Cf. TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p.119-120; RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.173-1.284, Apr. 1983. p.1.250-1.255.

<sup>166</sup> KÖTZ, op. cit., p.212-213. Cf. FONASIER, Matteo. Die Klauselkontrolle im Unternehmerischen Geschäftsverkehr. In: *Sonderdruck aus Schwerpunkte des Kartellrechts 2011*. Carl Heymanns Verlag, 2011. p.21. O autor afirma que a assimetria informacional é fruto de um estado de "ignorância racional" (*rationaler Ignoranz*), quando o aderente aceita cegamente a obra das cláusulas. Trata-se de ignorância legítima do aderente, já que fundamentada em um desequilíbrio que será corrigido

Decerto, a posição apresentada, fundada em análise econômica do direito, possui dois importantes pontos positivos. O primeiro é o destaque dado ao fato, indiscutivelmente verídico, de que nem sempre na contratação por adesão há desigualdade econômica entre os contratantes. Por sua vez, o segundo é a constatação da assimetria informacional entre as partes no momento da formação da relação jurídica, uma vez que cabe ao estipulante predefinir o conteúdo das obrigações contratuais. Logo, verifica-se desequilíbrio de poder negocial que permite a intervenção no contrato, em prol da justiça contratual e da boa-fé objetiva, assegurando-se a parte aderente o atingimento do escopo contratual.<sup>167</sup>

No entanto, o binômio redução de custos de transação e a assimetria de informação, sozinho, não é capaz de garantir a tutela adequada do aderente, tendo em vista que, "presumida a cognoscibilidade dos termos contratuais e de seu caráter eventualmente inequitativo não abre ao aderente, só por si, alternativas reais de defesa dos seus interesses e de exercício efetivo da autonomia privada". Por conseguinte, as razões de cálculo econômico que tornam justificável o desinteresse do aderente pelo conteúdo do contrato de adesão não são elimináveis simplesmente com a possibilidade de conhecimento. Isso porque persiste, por assim dizer, a "invisibilidade" das condições gerais, cujo conteúdo permanece praticamente irrelevante para a decisão negocial.<sup>168</sup> Consoante afirma Joaquim de Sousa Ribeiro:

Ao celebrar o contrato, ele [aderente] tem em mente os seus efeitos típicos e as estipulações concernentes ao programa da prestação e ao preço, acerca das quais, com toda certeza, previamente se informou. É em função desses dados, apenas, que ele pondera seu interesse e forma a sua vontade negocial, sendo a sua decisão tomada no pressuposto de que eles reúnem todos os elementos relevantes e todos os fatores a que possam influenciar. Não conta encontrar, nem razoavelmente é de se esperar que conte, imersas na 'penumbra' das ccg, sem especial destaque, disposições

---

pelos preceitos da *AGB-rechts*. Sobre o tema, cf. HATZIS, Aristides N. An offer you cannot negotiate: some thoughts on the economics of standard form consumer contracts. In: COLLINS, Hugh (Org.). *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European Contract Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p.45-56. (Private Law in European Context Series, v.15).

<sup>167</sup> DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.428-1.430.

<sup>168</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.367-368. (Coleção Teses). Cf. RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.251-1.252, Apr. 1983.

que modificam o conteúdo da prestação ou alteram o cálculo do preço. Menos pela sua formulação, que pode ser perfeitamente clara quanto à produção desse efeito, do que pela colocação fora da zona nuclear do contrato (em contradição com a sua posição decisiva), essas cláusulas são de molde a causar surpresa e a defraudar expectativas fundamentadamente geradas pelos elementos que influenciaram a decisão de contratar.<sup>169</sup>

De fato, o aderente, por não participar da preformulação do conteúdo contratual, toma a decisão de contratar somente com base nos elementos essenciais, como o preço e o objeto da contratação, desconsiderando o conteúdo das disposições secundárias (e.g. uma cláusula de não indenizar). Em consequência, viola a sua expectativa legítima a limitação ou a retirada, por meio de regra de direito dispositivo, de direito essencial a natureza do negócio, esvaziando-se a finalidade econômico-individual da avença.

Dessa feita, deve ser reconhecida a existência de assimetria de poder negocial entre as partes no contrato de adesão quando da conclusão do contrato. Conforme Vincenzo Roppo, o elemento que durante muito tempo foi definido como "fraqueza" (*debolezza*) de uma parte em respeito à outra, em linguagem mais moderna, passa a ser descrito como *asimmetria di potere contrattuale*. Em determinados casos, contrapõe-se uma parte dotada de superior poder contratual a outra com poder contratual inferior e, em razão de tal assimetria – sempre que ela se manifeste –, o legislador introduz, para a proteção da parte que a sofre, regras que constituem o novo paradigma contratual.<sup>170</sup>

Repita-se que não se pode aceitar a identificação do poder da parte predisponente com o poder de mercado, no sentido de posição de supremacia econômica geral,<sup>171</sup> especialmente nas relações jurídicas interempresariais. Diversamente, o que singulariza a relação contratual por adesão e justifica a intervenção em seu conteúdo "não é tanto

---

<sup>169</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.402. (Coleção Teses).

<sup>170</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del Duemila*. Torino: Giappichelli, 2011. p.87. Cf. FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. In: *La protection de la partie faible dans les Rapports contractuels: comparaisons franco-belges*. Organizado pela Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne e Université Catholique de Louvain. Paris: LGDJ, 1996. p.616-618. (Bibliothèque de Droit Privé, t.261).

<sup>171</sup> RIBEIRO, op. cit., p.339.

a diferença econômica entre as partes, mas o poder de estabelecer unilateralmente as cláusulas que farão parte do instrumento contratual".<sup>172</sup>

Outrossim, a disparidade de poder negocial poderá dar aso à própria definição dos papéis exercidos pelos sujeitos na relação contratual por adesão. Questão que vem sendo discutida no âmbito do direito internacional privado, mas com repercussões no ordenamento interno brasileiro,<sup>173</sup> é na batalha das formas (*battle of forms*).<sup>174</sup> Trata-se de caso em que os contratantes disputam poder para definir quem irá ocupar a posição de predisponente e quem será o aderente: o comprador oferece certa quantia para comprar determinada mercadoria, referindo-se às suas condições gerais de contratação; enquanto que, simultaneamente, o vendedor aceita a oferta, mas refere-se aos seus próprios termos de venda, que, todavia, diferem substancialmente dos adotados pela contraparte. Quando materializada disputa contratual, as partes dar-se-ão conta das divergências acerca do consentimento.<sup>175</sup>

Conforme Lauro Gama Jr., configura-se situação em que as partes trocam condições contratuais gerais entre si – formuladas em modelos ou impressos – que se somam às cláusulas debatidas entre as partes. Assim, "o contrato reputa-se concluído com base nas cláusulas acordadas e naquelas cláusulas-padrão que, no essencial, são comuns a ambas as partes (doutrina do *knock-out*)".<sup>176</sup> Em consequência, o conteúdo contratual não será formado nem pelos termos elaborados unilateralmente

---

<sup>172</sup> AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.115.

<sup>173</sup> A batalha das formas está prevista no art. 19 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada pelo Brasil em Viena em abril de 1980 e promulgada pelo Decreto n.º 8.327, de outubro de 2014. Além disso, também tem previsão nos princípios do UNIDROIT, art. 2.1.22.

<sup>174</sup> "*Welcome to the battle of forms*" foi a frase cunhada pelo Lord Denning, na English Court of Appeal, em 1979, no caso *Butler Machine Tool Co Ltd. V. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* (COLLINS, Peter. *Battle of forms*. *Field Law*, Spring 2011. Disponível em: <[www.fieldlaw.com/articles/PLC\\_BattleoftheForms.pdf](http://www.fieldlaw.com/articles/PLC_BattleoftheForms.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2015).

<sup>175</sup> RUHL, Gisela. The battle of forms: comparative and economic observations. *U. Pa. J. Int'l Econ. Law*, v.189, p.189-190, 2003; MAHÉ, Chantal B. P. Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter? *Electronic Journal of Comparative Law*, v.1.1, November 1997. Disponível em: <[www.ecj.org/11/art11-2.doc](http://www.ecj.org/11/art11-2.doc)>. Acesso em: 04 jul. 2015.

<sup>176</sup> GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.348. Cf. RUHL, op. cit., p.198-199.

por uma das partes contratantes, nem pelos oferecidos pela outra, buscando-se encontrar o que foi efetivamente objeto de consenso.

Como afirma Marilda Rosado Sá Ribeiro, "podem surgir expectativas diferentes para as partes, e a complexidade do amplo quadro de constituição de vínculos obrigacionais entre particulares é individualizada no mundo empresarial pela adoção de cláusulas básicas que vão sendo aperfeiçoadas pela prática comercial".<sup>177</sup> Sem dúvida, trata-se de situação que serve para enfatizar que, nos *b2b contracts*, há uma disputa de poder negocial, ainda que não se verifique a desigualdade econômica entre as partes.

Portanto, além de estimular a cognoscibilidade do conteúdo do contrato pela parte aderente, a lei também deverá garantir a sua proteção em relação às estipulações negociais, principalmente àquelas que, embora aparentemente secundárias, sejam relacionadas a direitos essenciais, ligados diretamente a finalidade econômica para a qual o contrato foi celebrado. Nesse sentido, no direito brasileiro, a regra do art. 424 do Código Civil, que veda a "renúncia antecipada pelo aderente a direito que resulte da natureza do negócio", deverá ser interpretada em consonância com os ditames da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

#### **1.6 Fundamento para a proteção da parte aderente. Igualdade, livre iniciativa e solidariedade social. Boa-fé objetiva e equilíbrio contratual**

Tendo em conta tudo que já foi analisado, há necessidade de se verificar quais são os interesses em jogo que merecem proteção em cada relação jurídica, buscando-se tutelar a parte aderente em sua concreta situação de inferioridade. Decerto, mesmo que as partes integrantes de determinada relação contratual sejam inicialmente reputadas como iguais, poderá surgir entre elas situação de desigualdade

---

<sup>177</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.281-282.

devido ao fato de uma delas ser mais informada acerca das previsões contratuais.<sup>178</sup> Na contratação por adesão civil e empresarial, como visto, mais do que diferença econômica, há disparidade de poder negocial entre a parte que define o conteúdo do contrato e aquela a quem resta "pegar ou largar".<sup>179</sup>

É a assimetria de poder negocial entre os contratantes que torna legítima a imposição de medidas de tutela ao aderente.<sup>180</sup> Com a mudança operada fruto da crise do modelo liberal, no fim do século XIX, o princípio da isonomia, na sua feição substancial, passa a atuar como fundamento para a multiplicidade de hipóteses de intervenção jurídica que visam a reequilibrar as relações privadas.<sup>181</sup> Nesse sentido, a igualdade encontra especial aplicação nas situações em que a parte encontre-se em posição de poder com a qual possa fazer uso abusivo de estratégia de mercado.<sup>182</sup>

Como leciona Pietro Perlingieri, o princípio da igualdade contribui, juntamente com os demais princípios constitucionais, para estabelecer preferências e compatibilidades voltadas para a solução do problema concreto, de forma que a autonomia negocial não é por ele aviltada, mas sim reforçada ao atribuir-lhe justificativa para seu exercício.<sup>183</sup> Dessa feita, a igualdade constitui todo indissociável do ordenamento jurídico unitário e deve ser entendida como parâmetro de razão justificadora da disciplina do contrato, "de forma a compatibilizar esta última com todo o sistema

---

<sup>178</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p.236.

<sup>179</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.24.

<sup>180</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.378.

<sup>181</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Texto gentilmente cedido pelo autor (no prelo). Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho do direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.7.

<sup>182</sup> RAISER, Ludwig. Il principio d'eguaglianza nel Diritto Privato. In: *Il compito di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.23.

<sup>183</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p.492-493.

normativo e a permitir interpretar os regulamentos individuais segundo justiça, evitando qualquer disparidade injustificada no acesso a bens ou a oportunidades de vida".<sup>184</sup>

Por conseguinte, "a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas, colocam a sua exigência".<sup>185</sup> A concepção de liberdade de iniciativa quase absoluta, que exerceu verdadeiro fascínio durante o período de liberalismo econômico e político, hoje não mais subsiste. Os atos de autonomia privada não possuem valor em si, mas têm fundamentos diversos conforme os interesses e valores a serem realizados. Ademais, possuem denominador comum na necessidade de serem direcionados a atender a interesses e funções merecedoras de tutela e socialmente úteis.<sup>186</sup>

Conforme previsto no inciso IV do art. 1.º da Constituição de 88, é fundamento da República o *valor social da livre iniciativa*. Por sua vez, no art. 170 da CRFB/88 afirma-se que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]". Com efeito, nas palavras de Eros Roberto Grau, "a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso".<sup>187</sup> Nesse sentido, a livre iniciativa não pode ter seu conteúdo reduzido à feição que assume como liberdade econômica, como simples afirmação do capitalismo. Diversamente, ela é expressão de liberdade titulada não só pelo capital, mas pelo trabalho, como também pelos demais valores sociais.<sup>188</sup>

---

<sup>184</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.497.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p.334.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p.347-348.

<sup>187</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.202.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p.214-215.

A livre determinação do conteúdo do contrato encontra-se condicionada à observância das normas constitucionais e a utilização da técnica de contratação por adesão não pode ser vista como neutra, apartada do projeto constitucional.<sup>189</sup> No direito brasileiro, tendo em vista o quadro de valores apresentado na Constituição, o contrato, ainda que na modalidade de adesão, passa a ser concebido como instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento.<sup>190</sup>

Todo interesse juridicamente tutelado, em toda situação jurídica subjetiva de conteúdo patrimonial, encerra já em si mesmo constrições para o seu titular. As situações subjetivas sofrem intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e das normas de ordem pública, enquanto expressões do princípio da solidariedade social.<sup>191</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, com a Constituição de 88, "o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar a pessoa humana e a dignidade que lhe é intrínseca". Isso porque direitos existem para ser exercidos em contextos sociais, onde ocorrem as relações entre pessoas que vivem em meio a outros seres humanos.<sup>192</sup>

Assim, a autonomia negocial, que inclui a livre determinação do conteúdo do contrato, encontra-se condicionada à observância das normas constitucionais, em especial da isonomia substancial, do valor social da livre iniciativa e da solidariedade social. Em consequência, a tutela da parte aderente deve ser fundada nos princípios contratuais da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico. Consoante Fernando Noronha, "aqui as considerações de justiça substancial combinam-se com a necessidade de tutela da boa-fé do próprio aderente, que tinha o direito de acreditar que a outra

---

<sup>189</sup> PERLINGIERI, Pietro. La tutela del consumatore tra liberalismo e solidarismo. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2003. p.312.

<sup>190</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.107.

<sup>191</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Roma: GLF editori Laterza, 2014. p.56: "individuiamo di nuovo un terreno dove la solidarietà incontra l'eguaglianza e la dignità, e da questa congiunzione riceve più forte legittimazione, e la conforma dell'impossibilità di eluderla senza mettere in discussione l'intero quadro dei principi fondativi dell'ordine costituzionale".

<sup>192</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.248-249.

parte respeitava os padrões de correção e lealdade exigíveis".<sup>193</sup> Isso porque a autonomia negociar deve constituir instrumento de garantia de (na expressão de Stefano Rodotà) *dialogo tra consociati*, no sentido de diálogo aberto entre contratantes, em ambiente social no qual a separação entre direitos e deveres contratuais é regida pelo princípio da solidariedade.<sup>194</sup>

Decerto, tendo em vista a disparidade de poder negocial existente na relação contratual por adesão, mesmo nas relações interempresariais e ainda que ausente qualquer superioridade econômica de um dos contratantes, exige-se modelo que corrija tal desequilíbrio. Trata-se de proposta imposta por inspiração solidarista, no qual o princípio do equilíbrio (justiça contratual) soma-se à boa-fé, que contribui para a determinação do objeto contratual, servindo de norte para a definição dos parâmetros de conduta esperada dos contratantes. Nesse sentido, Jacques Ghestin:

*Si le rédacteur profite de sa situation plus favorable pour insérer subrepticement (contrairement à l'exigence de bonne foi) des clauses qui déséquilibrent le contrat en sa faveur (contraient au principe de justice) l'intervention des pouvoirs publics est justifiée, et elle devra tenir compte de la portée générale qu'ont en fait, les contrats d'adhésion.*<sup>195</sup>

Como ressalta Stefano Rodotà, deve ser feita avaliação dos interesses envolvidos em cada operação econômica. Especialmente nos contratos de adesão civis e empresariais (*b2b contracts*), a adoção do modelo de contratar por adesão a condições gerais traz diversos pontos positivos para as partes de igual força econômica, em razão da massificação e padronização das relações negociais, vantagens essas que

---

<sup>193</sup> NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.248. Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.50-52; BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.78.

<sup>194</sup> RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Milano: ESI, 2007. p.30: "L'art. 2 della Costituzione italiana parla di un dialogo tra consociati, di un individuo sociale nel quale l'alternativa e la separazione tra diritti e doveri sono superate dal (e inglobate nel) legame tra diritti inviolabili e principio di solidarietà".

<sup>195</sup> GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1. p.97. Em tradução livre: se o redator aproveitar-se de sua posição mais favorável para inserir sub-repticiamente (contrariamente a exigência de boa-fé) cláusulas que desequilibram o contrato em seu favor (contrariando o princípio de justiça) a intervenção dos poderes públicos é justificada e ela deverá levar em conta o fato de que os contratos de adesão têm um alcance geral.

não podem ser ignoradas.<sup>196</sup> Para o autor, a tutela da parte aderente nas condições gerais consiste também em forma de controle da atividade empresarial, que deve se fundar na boa-fé objetiva:

*Questa constatazione è destinata a reagire sul modo in cui vengono apprezzati i costi sociali dell'operazione in questione, non potendo, nell'ipotesi appena ricordata, assumere rilevanza la necessità di compensare il difetto di potere contrattuale manifestato nella trattativa. Risulta, cioè che l'apprezzamento secondo buona fede della condizioni generali di contratto, quando non venga condizionato da una rilevanza esclusiva attribuita al profilo della tutela del contraente più debole, consente ben più comprensive forme di controllo dell'attività imprenditoriale.*<sup>197</sup>

A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada, como "elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais".<sup>198</sup> A sua incidência no direito obrigacional visa à valorização da pessoa humana, em substituição da autonomia do indivíduo, encarando-se as relações obrigacionais como espaço de cooperação e solidariedade.<sup>199</sup>

Dessa forma, considera-se a posição de um contraente em relação ao outro, devendo ainda o conteúdo concreto de cada relação jurídica ser compatibilizado com os valores do ordenamento.<sup>200</sup> No sentido de critério de *correttezza*, a boa-fé objetiva deverá permitir (i) a formação de regramento contratual que torne possível a realização completa da operação perseguida por ambas as partes; e (ii) a compatibilização do

---

<sup>196</sup> Sobre o ponto, ver item 1.2.

<sup>197</sup> RODOTÀ, Stefano. La buona fede. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Roma: Maggioli Editore, 1984.. p.122-123. Em tradução livre: esta constatação é susceptível de reagir à forma como são apreciados os custos sociais da operação em causa, não podendo, no caso mencionado, assumir relevância a necessidade de compensar a falta de poder contratual manifestada nas tratativas. Resulta que a apreciação das condições gerais do contrato segundo a boa fé, quando não está condicionada a uma relevância exclusiva atribuída ao perfil de tutela da parte mais fraca, permite o controle mais incisivo da atividade empresarial. Sobre o ponto, cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.95 e segs.

<sup>198</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.250-252.

<sup>199</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.281-282.

<sup>200</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.143-145.

tipo de regulamento de interesses previsto com a formação de norma contratual adequada às finalidades de ordem social desejadas pelo ordenamento.<sup>201</sup>

Os contornos atuais da boa-fé, como patamar de conduta, embora se reconheça a sua presença em momentos anteriores da história, desde a *fides* romana, teve grande desenvolvimento impulsionado pela jurisprudência alemã com base no § 242 do BGB (*Treu und Glauben*).<sup>202</sup> O Código Civil alemão, constituído no século XIX, no auge da revolução industrial, foi fortemente impregnado pelas mudanças socioeconômicas de sua época, com concepção de liberdade contratual fundada no consentimento das partes, mas que já trazia a boa-fé como padrão de conduta e critério de interpretação dos contratos.<sup>203</sup>

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva foi positivada pela primeira vez, como cláusula geral,<sup>204</sup> no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4.º. Mais de dez anos depois, com o Código Civil do 2002, foi estendida expressamente às relações civis, como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, na compatibilização de interesses envolvidos em cada operação econômica.<sup>205</sup> Consoante lição repetida pela doutrina, a boa-fé apresenta três funções em matéria obrigacional, quais sejam: (i) a função de interpretação-integração de negócios

---

<sup>201</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.152.

<sup>202</sup> Cf. JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: etude comparative des Droits Français, Allemand et Japonais*. Université Jean-Moulin-Lyon 3, 2001.p.19-50.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p.242. Além no § 242, a boa-fé também aparece no § 157 do BGB, como critério para a interpretação dos contratos. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Good faith in European Contract Law: Cambridge Studies in International and Comparative Law; The Common Core of European Private Law Project 14*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p.18-20.

<sup>204</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.346. A primeira menção do legislador brasileiro à boa-fé foi no Código Comercial de 1850, como cânone interpretativo dos contratos comerciais, mas que teve irrelevante aplicação prática. Por sua vez, o Código Civil de 1916 não trouxe preceito que consagrasse a boa-fé objetiva como mandamento de conduta leal, independentemente de aceções subjetivas. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.78-79, 1992. Para quem, ao menos em duas hipóteses, o Código de 1916 faria o emprego do termo boa-fé em sua aceção objetiva. Seriam os arts. 1.404 e 1.443 que versavam, respectivamente, sobre o contrato de sociedade e de seguro.

<sup>205</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.14, p.22, 1995.

jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos à obrigação principal; e (iii) a função limitadora do exercício discricionário de direitos.<sup>206</sup>

Assim, na primeira função, consagrada no art. 113 do CC, alude-se a boa-fé como critério hermenêutico, pelo qual a interpretação das cláusulas contratuais deve sempre privilegiar o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes.<sup>207</sup> Segundo Franz Wieacker, trata-se de ver a boa-fé na concreção de plano legal de ordenação do contrato, como via para adequada realização pelo juiz do plano de valoração da lei.<sup>208</sup>

Por sua vez, na segunda função, a boa-fé representa fonte de criação de deveres jurídicos, como máxima de conduta ético-jurídica.<sup>209</sup> Pela incidência da boa-fé, impõem-se às partes deveres outros que não a obrigação principal prevista no enlace, que são deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação.<sup>210</sup> Seu aspecto mais relevante é a origem não voluntarista, pois não derivam do exercício da autonomia privada, podendo, por isso mesmo, limitar aquele exercício.<sup>211</sup> Ademais, esses deveres anexos são instrumentais ao atendimento da prestação principal,<sup>212</sup> endereçam-se igualmente aos contratantes, credor e devedor,<sup>213</sup> e comportam tratamento que abrange toda a relação jurídica.<sup>214</sup>

---

<sup>206</sup> A classificação é atribuída a WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luís Carro. Madrid: Civitas, 1977.p.49-85.

<sup>207</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.36.

<sup>208</sup> WIEACKER, op. cit., p.52.

<sup>209</sup> Ibid., p.59.

<sup>210</sup> Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p.604 e segs.

<sup>211</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Organização de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5. t.1. p.49.

<sup>212</sup> Ibid., p.47-48.

<sup>213</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.149.

<sup>214</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.93. Tal função da boa-fé objetiva, nada obstante estar menos aparente no Código Civil, é extraída pela doutrina, à semelhança da interpretação atribuída ao § 242 do BGB, do art. 422.

Já pela terceira função, a boa-fé implica a limitação do exercício de situações jurídicas subjetivas, atuando como critério para a diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – frente à outra parte.<sup>215</sup> Decerto, nos negócios jurídicos bilaterais, o interesse conferido a cada participante da relação jurídica encontra sua fronteira no interesse do outro, que é considerado igualmente digno de ser protegido.<sup>216</sup> Nesse sentido, a boa-fé está intimamente relacionada à teoria do abuso do direito, prevista no art. 187 do CC, pois visa a limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem do contrato.<sup>217</sup>

Ainda que a boa-fé não tenha sua construção jurídica inicialmente formulada para a correção de relações jurídicas desequilibradas, nos contratos de adesão, ela alia-se ao princípio do equilíbrio para permitir o controle do próprio conteúdo contratual, bem como do comportamento das partes na sua execução.<sup>218</sup> Por conseguinte, a vedação das cláusulas abusivas não tem o escopo de se sobrepor aos interesses dos contratantes em relação à prestação principal, mas sim visa a permitir que ambos possam alcançar a finalidade econômica do contrato.<sup>219</sup>

Diversamente da boa-fé, o princípio do equilíbrio contratual ainda encontra dificuldade no estabelecimento de conteúdo autônomo. Como ressalta Anderson Schreiber, a produção doutrinária e a invocação jurisprudencial do princípio têm sido

---

<sup>215</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.36.

<sup>216</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.34.

<sup>217</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.141. Cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.114-120. Evidentemente, como ressalta Judith Martins-Costa, "a função de criação de direitos e deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos". Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.454.

<sup>218</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.213 e 220-221.

<sup>219</sup> Cf. TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p 33. Os autores ressaltam que a jurisprudência tende a utilização da boa-fé como instrumento de proteção do consumidor, num papel reequilibrador de relações não paritárias, apesar de, ontologicamente, o princípio não se tratar de preceito protetivo, mas da sujeição de ambas as partes, em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.

muito tímidas, tanto que parecem possuir somente "função decorativa", como mero adorno na aplicação dos institutos do estado de perigo, da lesão e da onerosidade excessiva.<sup>220</sup> O CC teria parcela de responsabilidade pela confusão, uma vez que ausente cláusula geral sobre o equilíbrio. Para o autor, o princípio deve ter aplicação que ultrapasse os institutos já regulados pelo legislador, sob pena de perda de sua autonomia científica.<sup>221</sup>

Segundo Pietro Perlingieri, o equilíbrio contratual, a ser definido na relação concreta, deve corresponder à paridade de valores entre vantagens e sacrifícios respectivos das partes, sejam referentes aos seus interesses patrimoniais, como também àqueles não patrimoniais que, às vezes, caracterizam o contrato.<sup>222</sup> Assim, o princípio denominado da *proporzionalità* fundamenta-se na igualdade (em sua feição substancial) e na solidariedade social, visando-se a alcançar justa proporção no atendimento dos objetivos das partes, que devem ser balanceados ainda com outros interesses externos ao contrato que sejam merecedores de tutela.<sup>223</sup> Na relação entre direitos e deveres, o princípio da proporcionalidade vige no sentido não de equivalência exata das prestações, mas de evitar-se desproporção macroscópica e injustificada entre elas.<sup>224</sup>

Para Karl Larenz, o princípio do equilíbrio como justiça contratual compensatória deve garantir que (i) cada parte, nos contratos sinalagmáticos, possa obter pela sua própria prestação a contraprestação adequada, cujo valor lhe seja correspondente (princípio objetivo da equivalência em sentido estrito); mas também que (ii) haja justa distribuição dos ônus e riscos relacionados com o contrato.<sup>225</sup> Na segunda hipótese, atribui-se maior importância ao direito dispositivo, uma vez que ele deve ser aplicado

---

<sup>220</sup> Arts. 156, 157 e 478-480, respectivamente, todos do Código Civil.

<sup>221</sup> SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-137. p.120-121.

<sup>222</sup> PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.134, out./dez. 2002.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p.136-138.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>225</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo Mácias- Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p.61.

em todos os casos em que as partes tenham sido omissas ao estabelecer o regramento contratual.<sup>226</sup>

Com efeito, conforme o autor alemão, as normas dispositivas não constituem previsões arbitrárias do legislador. Diversamente, admite-se que sejam baseadas em considerações razoáveis, como regras imaginadas para a justa composição dos interesses dos contratantes. Em consequência, autonomia e justiça contratual não são princípios contrapostos, pois, ao contrário, devem ser considerados como complementares.<sup>227</sup>

Por sua vez, baseando-se nos estudos de Larenz, afirma Fernando Noronha que, hoje em dia, o princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos revela-se especialmente importante no âmbito dos contratos de adesão. Isso porque, muitas vezes, a parte predisponente é levada, por força do progresso econômico e da busca por melhores condições de competitividade a transferir para o aderente os "encargos e riscos, possíveis e imaginários, seja-lhes permitido – e, às vezes, mesmo aqueles não permitidos".<sup>228</sup>

Em sentido próximo, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, no tocante ao conteúdo do princípio do equilíbrio contratual, há dois aspectos diversos que devem ser tratados separadamente. O primeiro é o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação; já o segundo é o equilíbrio que deve existir entre os direitos e deveres que resultam do contrato para as partes.

Dessa feita, na contratação por adesão, "as cláusulas abusivas, em princípio, referem-se a desequilíbrio de direitos e deveres, e não a desequilíbrio econômico – entre outras razões porque prestação e contraprestação não são frutos de mera adesão, e sim de reflexão e de liberação das partes".<sup>229</sup> Em outra sede, afirma o

---

<sup>226</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo Mácias- Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p.63.

<sup>227</sup> Ibid., p.63-64.

<sup>228</sup> NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.224.

<sup>229</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.115.

autor que, pela aplicação do princípio do equilíbrio contratual, "são consideradas abusivas as cláusulas que colocam uma das partes em desvantagem exagerada em relação à outra, quer atribuindo a esta *direitos*, negados à primeira, quer, inversamente, criando *obrigações*, para um contratante que não existem para o outro".<sup>230</sup>

Conforme Teresa Negreiros, em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, no qual se sobressaía a fase de formação e manifestação de vontade de contratar, o princípio do equilíbrio contratual incide sobre o programa previsto pelas partes, servindo como parâmetro para a avaliação de seu conteúdo, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada contratante. Portanto, em havendo disparidade de poder negocial, busca-se criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, resguardando-se patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes em relação ao conteúdo e as efeitos do contrato.<sup>231</sup>

Seja como for, e reconhecida toda a dificuldade na definição dogmática do princípio do equilíbrio contratual (até mesmo com as suas diversas denominações), entende-se que, nas relações jurídicas formadas por adesão, ele alia-se à boa-fé objetiva para fundamentar a tutela da parte aderente. Decerto, em toda relação contratual, mercê de sua submissão aos princípios do equilíbrio e da boa-fé, ainda que examinados nas relações paritárias sem a presunção de vulnerabilidade típica do Código de Defesa do Consumidor, poderá configurar-se situação de injustiça que reclame o controle de cláusulas que a denotem.<sup>232</sup>

Portanto, o princípio do equilíbrio deve incidir segundo os ditames da boa-fé objetiva, visando a preservar a finalidade econômica do contrato para a parte

---

<sup>230</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes - renúncia ao direito de indenização - promessa de fato de terceiro - estipulação em favor de terceiro. *Revista dos Tribunais*, v.769, p.104-105, nov. 1999. Destaque no original.

<sup>231</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.158-159.

<sup>232</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.51.

aderente.<sup>233</sup> Apresentadas as justificativas para a especial proteção concedida pelo ordenamento à figura do aderente, destacadamente quando não tenha a qualidade de consumidor, pretende-se, no próximo capítulo, proceder ao exame técnico da estrutura e função desta especialíssima modalidade de contratar.

---

<sup>233</sup> PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.146, out./dez. 2002.

## 2 ESTRUTURA E FUNÇÃO DO CONTRATO DE ADESÃO CIVIL. DISCIPLINA JURÍDICA E REGRAS DE PROTEÇÃO APLICÁVEIS.

### 2.1 Natureza jurídica (estrutura) do contrato de adesão

A natureza jurídica do contrato de adesão foi muito debatida pela doutrina desde a primeira metade do século XX por ser figura jurídica que, em razão de suas características peculiares, reclamava tratamento jurídico adequado, já que se apartava muito da teoria contratual clássica.<sup>234</sup> Por evidente, como observado por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, quando se discorre sobre a natureza jurídica deve ser feita desde logo separação entre a natureza do contrato, isto é, da relação jurídica formada por adesão, e a, bem distinta, natureza das condições gerais.<sup>235</sup>

As construções doutrinárias mais relevantes partem da constatação, já mencionada, de que o modo de contratar por adesão representa rompimento com o paradigma contratual clássico, por gerar desvio do esquema normal do contrato, dividindo-se em duas posições principais. Na primeira, adota-se uma concepção normativa, que retira a natureza contratual, pois tende a não separar o contrato de adesão de seu principal conteúdo, que é formado pelas condições gerais do contrato, desconsiderando-se a vontade manifestada pelo aderente. Já pela segunda, defende-se que, apesar da distorção causada, não se chega a subtrair a figura do campo negocial e o desvio não sacrifica a natureza contratual do contrato de adesão.

Na primeira posição, foca-se nas condições gerais no plano do direito positivo que, como antes visto, formam o principal conteúdo dos contratos de adesão. Assim, a unilateralidade da formulação das estipulações contratuais é o obstáculo a sua natureza negocial. De forma simplificada, a tese é a expressão radical, sem concessões, da ideia de que como a liberdade contratual está a serviço da autodeterminação da

---

<sup>234</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.71.

<sup>235</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p.99-100.

pessoa, dela faz parte, como nota essencial, a participação, ou ao menos a sua possibilidade, na modelação do conteúdo contratual.<sup>236</sup>

Para a visão normativa, as condições gerais do contrato formam nova e autônoma fonte de produção de direito. A adesão não seria mais do que o comportamento necessário para a incidência de determinadas normas ao caso concreto. Com efeito, as condições, sendo impostas pelo predisponente aos aderentes, "não constituiriam o conteúdo invariável de uma série de negócios jurídicos impulsionados pela vontade contratual, senão a submissão desses clientes a regras invencíveis, com igual potencialidade das normas ditadas pelo Estado".<sup>237</sup>

Dessa forma, parte importante da doutrina francesa, no início do século XX, sustenta que os contratos de adesão não são verdadeiros contratos, por haver profunda desigualdade no papel exercido pelas partes. Raymond Saleilles afirma que esse pretense contrato seria, em verdade, composto por duas manifestações de vontade paralelas.<sup>238</sup> De acordo com Léon Duguit, apesar de até existir concurso de vontades, na adesão não há nada de contrato em razão da ausência de igualdade que há entre elas.<sup>239</sup>

Para Maurice Hauriou, os atos de adesão não tem nada de contratual além do nome, pois a operação pode ser decomposta na emissão da vontade regulamentadora e de outra que àquela adere.<sup>240</sup> Já consoante Emmanuel Gounot, o contrato de adesão seria "mistura" híbrida de contrato e estatuto. Suas cláusulas, muito frequentemente

---

<sup>236</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.278. (Coleção Teses).

<sup>237</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.117.

<sup>238</sup> SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.229-230.

<sup>239</sup> DUGUIT, Léon. *L'état le droit objectif et la loi positif*. Réimpression de la édition 1901. Paris: Dalloz, 2003. p.55. Em sentido próximo, GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Réimpression de l'édition publiée en 1937. Paris: Sirey, 1965. p.53.

<sup>240</sup> Note de M. Hauriou, S. 1908.3.19 (col. 1 et 3) apud DEREUX, Georges. De la nature juridique des 'contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.9, n.3, p.506, 1910. Em sentido próximo, v. MORIN, Gaston. Tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.560, 1937. A tese normativa, contudo, nunca foi adotada pela jurisprudência, como anota RIEG, Alfred. Contrat type et contrat d'adhésion. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.111.

numerosas, são somente parte da regulamentação do contrato individual, constituindo também situação institucional, na qual a situação contratual tende a ser absorvida.<sup>241</sup>

No direito alemão, a tese normativa também foi inicialmente adotada, mas por razão bastante lógica, tendo em vista que o fenômeno da contratação estandardizada sempre foi apreciado na forma das condições gerais do contrato e nunca foi aceita a perspectiva do contrato de adesão. Defende-se que as condições gerais são direito em sentido objetivo, mas não aquele criado pelos órgãos constitucionalmente competentes, ou ainda pelos órgãos que tenham recebido esse poder em delegação, e sim criado pela própria realidade econômica. Em consequência, a similitude entre as condições gerais e a lei justifica a sua valoração como verdadeiro direito objetivo.<sup>242</sup>

Por sua vez, pela segunda posição, os atos de adesão são contratos, em razão de sua forma de nascimento e dos efeitos produzidos. Decerto, eles nascem da comum vontade de duas ou mais pessoas, sendo a manifestação de vontade do aderente essencial para a produção de efeitos jurídicos. Assim, a parte aderente torna-se obrigada conforme sua própria aceitação, o que não representa nada além da aplicação normal da teoria dos contratos.<sup>243</sup> Apesar da ausência de negociação prévia, o contrato cujo conteúdo é predisposto adquire sua força obrigatória em relação ao aderente no momento em que ele dá o seu consentimento.<sup>244</sup>

Em perspectiva próxima, de acordo com Ludwig Raiser, as condições gerais, como a lei, possuem as características da generalidade e da abstração. No entanto,

---

<sup>241</sup> GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912., p.303.

<sup>242</sup> Cf. GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.105-107; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.278-284. (Coleção Teses); DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.417-1.418, que ressalta que a natureza normativa é fruto da perspectiva de que as condições gerais poderiam ter validade e eficácia mesmo que o aderente não tivesse conhecimento de seu conteúdo.

<sup>243</sup> DEREUX, Georges. De la nature juridique des 'contrats d'adhésion'. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.9, n.3, p.510, 1910. Pela tese contratualista no direito francês, v. por todos, RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.116; JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.8, 1937.

<sup>244</sup> GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1. p.96.

a lei, do ponto de vista jurídico, possui eficácia em relação a todos os membros da comunidade jurídica, enquanto que as condições gerais somente produzem efeitos para aquelas pessoas que intervêm nos contratos, derivando sua força normativa do convênio. Nesse sentido, dogmaticamente, as condições gerais constituem o conteúdo normativo do negócio jurídico.<sup>245</sup> A tese, apesar de reconhecer certo grau de normatividade ao conteúdo do contrato de adesão, parece não se afastar de sua estrutura bilateral, pois a autonomia privada permite às partes (ou a uma delas) a delimitação das prestações contratuais.<sup>246</sup>

A doutrina italiana tendeu a seguir a posição contratualista. Segundo Vittorio Salandra, os contratos de adesão são verdadeiros contratos e são constituídos do encontro de duas manifestações de vontade. A primeira é a manifestação de vontade do predisponente que formula o conteúdo do futuro contrato, em regra por meio de esquema comum (de condições predispostas), para a celebração de pluralidade de futuros contratos. A segunda, por sua vez, é a manifestação de vontade pela qual a contraparte adere a esse esquema. Com efeito, é inegável que o aderente encontra-se diante de verdadeira proposta, ainda que imutável, sendo a sua adesão (mesmo que não plenamente consciente do conteúdo do contrato) verdadeira aceitação.<sup>247</sup>

Para Alessandro Giordano, o contrato de adesão, ainda que tenha seu conteúdo formado pelas condições gerais, situa-se no âmbito da autonomia privada, que nos contratos em série exige celeridade e uniformidade em sua conclusão.<sup>248</sup> Tais contratos, que são concluídos mediante o silêncio (concordante) do aderente ou a simples subscrição das condições ou cláusulas elaboradas unilateralmente pela outra parte, pelo seu modo de formação, comportam grave perigo. Por tal razão, é necessário

---

<sup>245</sup> RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935. p.147 e segs.

<sup>246</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.108-109.

<sup>247</sup> SALANDRA, Vittorio. I contratti di adesione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v.26, n.1, p.411-412 e 414, 1928. Cf. CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Napoli: ESI, 2011. p.188.

<sup>248</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.13.

prender a atenção do aderente em relação ao conteúdo e retardar o momento da conclusão, objetivando-se assegurar uma *contratualidade efetiva*.<sup>249</sup>

Mais recentemente, no final da década de 90, ocorreu nova discussão acerca do tema entre dois civilistas italianos, Natalino Irti e Giorgio Oppo. Para Irti, o acordo, como previsto no Código Civil, nasce do diálogo entre as partes (*reciprocità dialogica*), que representa a bilateralidade do contrato. No entanto, esse diálogo não seria mais possível na sociedade de massa, já que a adesão não é resultado dele. Por tal razão, ao se adotar a modalidade de contratação por adesão, há duas escolhas individuais, duas manifestações unilaterais de vontade: a parte propõe o formulário e outra aceita suas cláusulas, sem que haja troca de palavras entre elas; sem que haja, por conseguinte, acordo. O contrato tem, então, duas histórias, uma fundada sobre a palavra, outra sobre a imagem.<sup>250</sup>

Por sua vez, Oppo escreveu resposta argumentando que o diálogo não seria a única forma de acordo. Para Oppo, no contrato de adesão, haveria o encontro de duas decisões unilaterais e, em consequência, acordo das partes. Isso porque não há decisão sem vontade: a parte oferece, a outra aceita e forma-se a relação de troca. Com efeito, o contrato-acordo é exatamente a combinação das duas decisões, *per se* atos unilaterais, que se convergem. Nesse sentido, o contrato conserva o seu significado como acordo entre partes, não se justificando o seu desaparecimento das relações fundamentais da vida humana fundadas na liberdade, pois a vontade dos sujeitos ainda tem significado essencial na formação de relações jurídicas.<sup>251</sup>

Assim, prevaleceu o entendimento de que contrato de adesão é contrato (é mesmo acordo)<sup>252</sup> e a segunda posição, ao longo do tempo, consagrou-se

---

<sup>249</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.13-17. Em sentido próximo, BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994. p.98-99. Também pela tese contratualista, v. GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.38 e segs.

<sup>250</sup> IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v.52, n.1, p.347-364, mar. 1998.

<sup>251</sup> OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, v.44, n.1, p.525-533, gen./feb. 1998.

<sup>252</sup> Irti escreveu réplica à Oppo, em que conclui que a discussão resume-se à definição de acordo adotada: *"volontà' e 'dialogo' si contrappongono come criteri di spiegazione dei fenomeni, che intorno ci accadano; e, mentre l'uno di noi scorge nel contrattare per moduli e formulari, e negli scambi*

amplamente majoritária. Como ressalta Stefano Rodotà, na contratação por adesão, de igual modo que em qualquer relação obrigacional, as prestações assumidas são consideradas vinculantes para as partes, ainda que se verifique grau bastante diverso de colaboração no momento de determinação do regramento contratual. A disciplina jurídica do contrato de adesão visa a atribuir relevância ao nível de participação de cada contratante na formação das estipulações contratuais, destacando-se o papel mais ativo do predisponente.<sup>253</sup>

Com efeito, tendo em vista os pontos de vista apresentados, fica evidente que o problema da qualificação do contrato de adesão é bastante agravado pela dificuldade de dissociação de seu principal conteúdo, que são as condições gerais do contrato. Como afirma Joaquim de Souza Ribeiro, a tese normativa significa priorizar a análise do primeiro momento de estipulação ou predisposição, de forma geral e abstrata, das condições gerais do contrato; ao passo que a tese contratualista coloca em destaque o segundo momento, que é o da manifestação de vontade da parte em adesão ao regramento predisposto.<sup>254</sup>

Ademais, como também se pode perceber a partir das teses expostas, a discussão acerca da natureza jurídica do contrato de adesão cinge-se a valorização (ou não) da vontade do aderente ao manifestar o seu consentimento acerca do conteúdo contratual.<sup>255</sup> Como antes afirmado, a adoção massificada dos contratos

---

*televisivi e telematici, sempre la volontà delle parti (che scelgono di vendere e di comprare), l'altro registra il declino del dialogo e il primato oggettivo delle cose. E, mentre l'uno discorre ancora di contratto, l'altro si affida agli unilaterali gesti dell'offrire e dello scegliere. In questa antitesi, dall'uno e dall'altro schiettamente accettata, sta anche il qualche beneficio del nostro disputare" (IRTI, Natalino. È vero, ma... (Replica a Giorgio Oppò). *Rivista di Diritto Civile*, v.45, n.1, p.274, gen./feb. 1999.*

<sup>253</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.65. Cf. TRABUCCHI, Alberto. Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno. In: *Il Contratto: silloge in onore di Giorgio Oppò*. Padova: CEDAM, 1992. p.4.

<sup>254</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.71. Sobre a delimitação objetiva do contrato de adesão e das condições gerais do contrato, ver item 1.3.

<sup>255</sup> Como analisa Francis Limbach, a divergência das vontades contratuais, que pode existir no contrato de adesão entre o estipulante e o aderente, é o resultado de uma comunicação imperfeita entre os contratantes. A imperfeição consiste na consideração de cada parte que o contrato seja formado nos termos correspondentes à sua própria vontade contratual. E a existência de tal divergência faz com que a valoração do consentimento seja diversa no contrato de adesão, ainda que os contratantes estejam em pé de igualdade jurídica. (LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales: de l'utilité du concept de déclaration de volonté*. Paris: LGDJ, 2004. p.7 e 85. (Bibliothèque de Droit Privé, t.412).

de adesão gerou grave descompasso com a teoria contratual clássica e teve como consequência o declínio da importância do consentimento para formação do contrato, o que chegou a levar ao questionamento se tratava de modalidade de *genuine agreements*.<sup>256</sup> Contudo, hoje já se reconhece que ainda quando duas partes entrem em transação como resultado de conduta voluntária, os direitos e deveres derivados do enlace são, em grande parte, produto de normas imperativas, e não do acordo específico entre os contratantes.<sup>257</sup>

Dessa feita, mesmo que uma das partes predetermine as estipulações contratuais, a outra exprime a sua vontade ao aderir às disposições propostas. Nada obstante, a reduzida participação do aderente na formação da vontade contratual não é desprovida de consequências jurídicas. O debate modifica-se da qualificação do enlace como contrato para o controle de merecimento de tutela que ele deve receber.<sup>258</sup> Consoante há muito já atentou Georges Ripert, "não é por não ter natureza contratual que o contrato de adesão é suspeito, é, pelo contrário, por ser contrato".<sup>259</sup>

A contestação do carácter contratual da figura em exame, além de outros problemas detectados, fundava-se em concepção individualista do contrato, hoje dada por superada, que se contrapõe a outra para a qual ele se tornou, sob o influxo das exigências da economia organizada, fato social.<sup>260</sup> No direito brasileiro, com a ordem constitucional de 88 consagrando expressamente os princípios da solidariedade social (art. 3.º, I), do valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV), da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e da igualdade substancial (art. 3.º, III) prevalece *concepção social do contrato*. Isso porque as relações jurídicas obrigacionais não podem mais se assentar exclusivamente na soberania da vontade individual, sendo

---

<sup>256</sup> ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985. p.731.

<sup>257</sup> Ibid., p.734.

<sup>258</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé: Thémis. Droit*. Paris: Presses universitaires de France, 2011. p.442-443.

<sup>259</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.116.

<sup>260</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.77. Cf. GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.9 e segs.

necessário, como já visto, harmonizar o princípio da autonomia privada com o da solidariedade social.<sup>261</sup>

O contrato de adesão é contrato, sendo certo que tanto o predisponente como o aderente participam no momento de formação do vínculo obrigacional. Com efeito, a variabilidade da estrutura das relações jurídicas depende da função que devem desempenhar, o que deve ser definido conforme a composição de interesses sobre a qual o fato incide.<sup>262</sup> Dessa forma, fica evidente que o contrato de adesão é negócio jurídico bilateral, uma vez que é voltado ao atendimento de interesses patrimoniais (e, eventualmente, existenciais) do predisponente e do aderente.<sup>263</sup> Por conseguinte, ambos, indiscutivelmente, participam de sua estrutura.

No entanto, em razão de seu particular modo de formação, justifica-se maior cautela no controle de merecimento de tutela de seu conteúdo, já que o aderente não teve igual participação àquela atribuída a contraparte na definição das disposições negociais. Outrossim, muitas vezes, ele não teve sequer informação acerca de todo conteúdo contratual ao dar seu consentimento, especialmente em relação às cláusulas secundárias, que menos chamam a sua atenção. A seguir, antes de tratar das normas voltadas para a tutela da parte aderente, pretende-se separar o contrato de adesão de figuras jurídicas próximas, com o objetivo de melhor visualizar sua estrutura e função.

---

<sup>261</sup> TEPEDINO, Gustavo. Editorial: dez anos de proteção do consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.2, p.iii-v, jan./mar. 2001. Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.27-28.

<sup>262</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.642. Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. passim.

<sup>263</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Contrato: conceito e concreção. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.37.

## 2.2 Diferenciação entre o contrato de adesão e figuras afins

### 2.2.1 Contrato-tipo

O contrato-tipo, como afirma Paulo Luiz Neto Lôbo, é "terminologia carregada de significações obscuras, com tendência a confundir-se com o contrato de adesão e até mesmo com as condições gerais".<sup>264</sup> Decerto, o termo contrato-tipo encontra-se envolvido no mesmo contexto socioeconômico da contratação por adesão, especialmente com o uso das condições gerais, no qual, em razão das mudanças promovidas na sociedade de massa, os contratos tornam-se quadros regulamentares (*cadres réglementaires*), pois visam a inserir as relações humanas em modelos padronizados.<sup>265</sup> Dessa feita, os contratos-tipo participam, como os contratos de adesão, do fenômeno da standardização dos contratos.<sup>266</sup>

Segundo Jacques Léauté, o contrato-tipo não é contrato no sentido de convenção pela qual uma pessoa obriga-se em relação a outra a cumprir prestação de dar, fazer ou não fazer. É simples *fórmula*, estabelecida pela Administração Pública ou por entidades privadas, destinada a servir de modelo para futuros contratos, que serão concluídos posteriormente pelas mesmas partes ou até por outros sujeitos de direito.<sup>267</sup> A sua originalidade consiste no poder que é conferido à Administração ou a organismos privados de dirigir contratos.<sup>268</sup>

---

<sup>264</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.41.

<sup>265</sup> Cf. SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3.ed. Première Série: Panorama Des Mutations. Paris: Dalloz, 1964. p.84 e segs.

<sup>266</sup> GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1. p.506.

<sup>267</sup> LÉAUTÉ, Jacques. Les contrats-types. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.51, p.430, 1953. O autor critica a nomenclatura, afirmando que melhor seria dizer "formule-type de contrat", mas reconhece a sua consagração pelo uso.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p.430-431. De acordo com o autor, o contrato-tipo é utilizado em três situações específicas: (i) quando a lei determina que certas relações obrigacionais adotem determinado modelo; (ii) quando entidades privadas de determinado setor econômico estabelecem, entre si, fórmula-tipo de contrato; e (iii) quando a Administração Pública estabelece o modelo de contrato a ser seguido em determinado setor econômico.

Assim, como fonte de contratos, o contrato-tipo tem por objetivo a uniformização das futuras convenções, tendo em vista que fixa antecipadamente o seu conteúdo.<sup>269</sup> Com o contrato de adesão, possui o seguinte denominador comum: a limitação da autonomia privada, pois ambos inscrevem-se no movimento mais geral de dirigismo contratual.<sup>270</sup> Por certo, a frequência com que relações idênticas são travadas entre determinadas pessoas sugere a adoção de regramento uniforme, evitando-se repetidas formulações de textos virtualmente iguais.<sup>271</sup> Como conclui Alfred Rieg, o contrato-tipo pode ser utilizado como fonte de contratos de adesão, especialmente quando elaborado pela Administração Pública ou por entidades de classe ou de categorias profissionais para servir de padrão de alguns tipos mais comuns, como o de seguro, o de transporte e contratos bancários.<sup>272</sup>

Em sentido próximo, afirma Jacques Ghestin que o contrato-tipo possui relação estreita com o contrato de adesão, pois, frequentemente, ele é redigido previamente e funciona como "envelope" para futura contratação por adesão. Por isso, as duas noções, apesar de próximas, referem-se a realidades diversas. Enquanto que o contrato-tipo constitui suporte padronizado no qual é possível realizar modificações, com a negociação de algumas cláusulas; o contrato de adesão possui conteúdo imposto unilateralmente que não pode, em princípio, ser alterado. Portanto, no contrato-tipo, a negociação não é impedida pela sua adoção, mesmo que, por razões práticas, tenda a ser reduzida. Ao contrário, na contratação por adesão, ela é excluída, sob pena de perda de sua qualificação.<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> RIEG, Alfred. Contrat type et contrat d'adhésion. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.106.

<sup>270</sup> Ibid., p.107. Em sentido próximo, LÉAUTÉ, Jacques. Les contrats-types. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.51, p.431, 1953: « les parties à un contrat renoncent à prévoir elles-mêmes les clauses qu'elles concluent : elles laissent d'autres personnes qu'elles, qui sont tantôt des agents de la Puissance Publique et tantôt des membres de leur propre profession, dire, à leur place, à quelles conditions leurs conventions sera exécutée. Le contrat-type est devenu une forme de contrat dirigé ».

<sup>271</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.78.

<sup>272</sup> RIEG, op. cit., p.107. Em sentido próximo, BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.33. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

<sup>273</sup> GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1. p.507.

Nada obstante, o contrato-tipo não será, necessariamente, adotado como base para formar conteúdo de futuros contratos de adesão, podendo ser utilizado também como modelo para contratos entre as próprias partes que o redigiram. Segundo Inocêncio Telles, o contrato-tipo pode ser "bilateral", quando feito pelas próprias partes que celebrarão os futuros contratos ou "unilateral", quando elaborado por acordo entre representantes de uma determinada categoria econômica para serem utilizados como padrão em contratos de adesão com seus clientes.<sup>274</sup>

Com efeito, enfatize-se que o contrato-tipo não é *pactum de contraendo*, porque as partes não se obrigam a contratar. Diversamente, conforme Darcy Bessone, é *pactum de modo contraendi*, uma vez que é preestabelecido o conteúdo para os contratos que serão celebrados posteriormente. Aponta o autor que a diferença estrutural entre o contrato-tipo e o contrato de adesão é fornecida pela bilateralidade ou unilateralidade da formação de seu conteúdo. Assim, enquanto que o primeiro é formulado por acordo das partes, como conteúdo prévio de eventuais contratos futuros (entre si ou com terceiros), o segundo é sempre imposto unilateralmente à parte aderente, a quem cabe tão-somente aderir ao contexto.<sup>275</sup>

Francesco Messineo apresenta distinção funcional entre o contrato-tipo e o contrato de adesão. Para o autor, em regra, recorre-se ao contrato-tipo quando os futuros contratos são realizados entre partes que são de categorias econômicas contrapostas e organizadas. Por sua vez, adota-se o contrato de adesão quando a predisposição é obra da parte, ela sim componente de categoria organizada e economicamente mais forte.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 1965. p.412.

<sup>275</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.78. Em sentido próximo, MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p.33.

<sup>276</sup> MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946. p.218-219. O art. 1.342 do Código Civil italiano disciplina autonomamente o contrato-tipo (contrato concluso mediante módulo ou formulário), determinando que prevaleça a cláusula posteriormente negociada sobre as condições do módulo ou formulário. Com efeito, tende-se a separar na jurisprudência o contrato celebrado por adesão às condições gerais do contrato-tipo, sendo este último voltado para aqueles casos cujo conteúdo seja elaborado previamente por determinadas categorias econômicas organizadas ou pelo Poder Público. Sobre o tema, com fartas referências bibliográficas, v. PERLINGIERI, Giovanni (Org.). *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. 3.ed. Legislazione commentata. Napoli: ESI, 2010. t.1. Libro 4, Delle obbligazioni: artt. 1173 - 2059 Artt. 1537-2059. p.549-551.

Essa perspectiva funcional já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu não ser aplicável a disciplina do Código de Defesa do Consumidor ao argumento de as partes terem entabulado contrato-tipo, pois os contratantes eram profissionais de categorias "contrapostas e organizadas de interessados".<sup>277</sup> A distinção, todavia, apesar de válida em determinadas hipóteses, não é absoluta, pois se deve lembrar que (i) o contrato-tipo nem sempre advém de categorias organizadas, mas pode proceder de ato da Administração Pública e (ii) na contratação por adesão, nem sempre o aderente é a parte economicamente débil ou desorganizada e o predisponente a contraparte com superioridade no mercado.<sup>278</sup>

Portanto, como adverte Paulo Luiz Neto Lôbo, se o contrato de adesão frequentemente é concluído sobre a base do contrato-tipo, nem sempre o último precede a conclusão do primeiro. Apesar de também ser caracterizado pela predisposição, o contrato-tipo não é predeterminado unilateralmente e poderá ser modificado, sem quebra de substância, pelas partes que o estabelecerem em declaração comum.<sup>279</sup> Desse modo, o contrato-tipo é padronizado, mas não é imposto rigidamente pela parte predisponente.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> "[...] 1. Não há relação de consumo nos moldes do artigo 29 do CDC quando o contratante não traduz a condição de potencial consumidor nem de parte aderente, firmando negócio jurídico produzido por acordo de vontades, na forma de contrato-tipo. 2. O dólar americano não representa indexador, sendo utilizado na avença como fator de atualização, porquanto a soja brasileira caracteriza-se como produto de exportação cujo preço é determinado pela Bolsa de Chicago [...]". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 655.436/MT. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento: 08/04/2008. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/04/2008). Por sua relevância, extrai-se o seguinte trecho do voto do Relator: "pondero que estamos diante de um contrato tipo que se diferencia do contrato de adesão sob o aspecto funcional pelo fato de que os futuros contratantes pertencem a categorias contrapostas e organizadas de interessados, sendo, no caso concreto, profissionais do ramo agrícola e de exportação. Já no contrato de adesão, uma das categorias de interessados não constitui um grupo identificável em razão da impossibilidade de predeterminação convencional", destacou-se.

<sup>278</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.43.

<sup>279</sup> Ibid., p.43-44.

<sup>280</sup> MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.78.

### 2.2.2 Contrato relacional (*per relationem*)

Da mesma forma que sucede com o contrato de adesão, a teoria do contrato relacional representa construção crítica ao modelo clássico e distingue duas categorias de contratos: (i) os chamados de singulares e isolados, nos quais a relação entre as partes produz-se de modo instantâneo e impessoal; e (ii) aqueles relacionais, em que se verifica interação pessoal e de longa duração.<sup>281</sup> O ponto cerne dos *relational contracts*, conceito originário do direito americano, é a noção de cooperação entre as partes contratantes nas relações obrigacionais que se prolongam no tempo.<sup>282</sup>

Assim, os contratos relacionais são os pactos duradouros nos quais se somam aos elementos nascidos das declarações negociais outros traços, tais como "a pessoalidade, a confiabilidade, a aptidão para o desempenho pela contraparte e a possibilidade de planejamento futuro".<sup>283</sup> Nesse sentido, "são relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto a colaboração (sociedade, parceria etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia".<sup>284</sup>

Como afirma Ricardo Luis Lorenzetti, a teoria clássica contemplava o contrato como algo isolado e descontínuo, com objeto definido para fazer presente o que as partes farão no futuro (e. g. compra e venda de uma coisa). Contudo, ela teve de ser adaptada para conseguir captar relações jurídicas mais flexíveis, baseadas na cooperação entre os agentes que atuam no mercado, que no contexto econômico de hoje são realizadas com viés prospectivo. O contrato atual, frequentemente, apresenta

---

<sup>281</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte geral*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.p.85.

<sup>282</sup> A classificação é atribuída ao jurista norte-americano Ian R. Macneil e no direito brasileiro é seguida por MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.188 e segs.

<sup>283</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v.32, n.116, p.113, jul. 2012.

<sup>284</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. A boa-fé nos contratos relacionais. Contrato de duração. alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, v.832, n.94, p.123, fev. 2005.

um objeto *vazio*, porque na verdade são pactuados procedimentos de atuação, regras que unirão as partes e que serão especificadas ao longo do processo contínuo de cumprimento.<sup>285</sup>

Dessa feita, os contratos relacionais constituem relações contínuas e duradouras, em que algumas cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulação dos termos de renegociação, confiança e dependência econômica. O conteúdo contratual possui regras voltadas à regulamentação da forma pela qual a revisão e reformulação das estipulações do contrato vão ser operadas ao longo do tempo. Em consequência, a relação contratual "depende de cooperação futura não só no que toca ao cumprimento do que foi firmado, mas também em termos de planejamento extensivo de atividades substanciais da relação".<sup>286</sup>

Decerto, o contrato relacional bem se ajusta à ideia de *obrigação como processo*, desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva, segundo a qual os contratos que tenham por objeto obrigações duradouras caracterizam-se por maior consideração com a pessoa, partícipe do vínculo, sendo maior a intensidade de deveres resultantes da concreção da boa-fé objetiva.<sup>287</sup> Embora o princípio da boa-fé atue em toda relação obrigacional, naquelas duradouras e relacionais verifica-se atividade de colaboração em mais alto grau, sendo funcionalizada à consecução da própria finalidade perseguida pelo contrato.<sup>288</sup> Desse modo, há no contrato relacional "negócio em constante refazer-se, a exigir a aproximação das partes para a renegociação, e por isso mesmo dominado pelo princípio da boa-fé, uma vez que por sua natureza não tem e não pode ter todas as suas cláusulas substantivas predeterminadas".<sup>289</sup>

---

<sup>285</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t.1. p.50-51.

<sup>286</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.158-159. Cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.35, p.113-114, jul./set. 2000.

<sup>287</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.165.

<sup>288</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v.32, n.116, p.114, jul. 2012.

<sup>289</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.45, n.12, p.100, jan./mar. 2011. Em sentido próximo, LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.114-115.

Com efeito, na contratação de massa, feita por adesão às condições gerais, há o fornecimento de produtos e serviços com escopo de permanência no mercado, criando-se relações jurídicas complexas que se projetam no tempo e envolvem cadeias de sociedades empresárias organizadas, com eventual participação do consumidor final. Tais contratos possuem como característica determinante a existência de "catividade" ou "dependência" entre as partes contratantes. As revisões, novações ou renegociações contratuais acabam por perenizar a relações contratuais, não se podendo admitir o abuso de posição dominante em prejuízo ao contratante em situação mais fraca, em violação aos deveres de cooperação, solidariedade e lealdade que integram a relação obrigacional em toda sua duração.<sup>290</sup>

Como se pode observar, o contrato de adesão, muitas vezes, será também *per relationem*, no sentido de ser elaborado para reger relação jurídica entre as partes de longa duração, sendo o seu conteúdo predefinido pelo predisponente.<sup>291</sup> Nos contratos civis e empresariais (*b2b contracts*), quando relacionais e formados por adesão, como no caso da franquia e distribuição, o princípio da boa-fé deverá

---

<sup>290</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.98 e 101. Cf. "[...] 1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.073.595/MG*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 23/03/2011. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 29/04/2011), destacou-se. Em sentido próximo, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.249.114/PR*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 20/02/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/03/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.294.093/RJ*, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 08/04/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 24/04/2014.

<sup>291</sup> GOMES Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.14.

ser mais intensamente considerado, em razão de seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo maior lealdade entre as partes para que possa atingir a sua finalidade econômica.<sup>292</sup> Consoante Judith Martins-Costa, em tais relações jurídicas, a especial carga de pessoalidade e o mútuo investimento de confiança necessários à própria consecução dos fins contratuais convergem para intrínseca e intensa necessidade de cooperação intersubjetiva.<sup>293</sup>

Certamente, os conceitos de contrato de adesão e relacional tratam de fenômenos distintos, porém visceralmente interligados. Afirma Ronaldo Porto Macedo Jr. que as diferenças entre os contratos relacionais e os descontínuos/singulares não se apagam quando o contrato assume a forma de adesão. Assim, no caso dos contratos relacionais, a adesão é feita na relação em curso, reportando-se "a um processo de planejamento que tende a se fundir com as relações em andamento". Apesar de o caráter padronizado dos contratos fazer com que o aspecto relacional tenha forma momentaneamente descontínua e instantânea, não chegam a serem desconfiguradas as demais características relacionais dominantes.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. A boa-fé nos contratos relacionais. Contrato de duração. alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, v.832, n.94, p.124, fev. 2005. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.202. Sobre dependência econômica nos contratos empresariais, v. item 3.5.

<sup>293</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v.32, n.116, p.116-117, jul. 2012. A autora menciona a necessidade de aplicação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil aos contratos relacionais, como forma de proteção da parte contra cláusula abusiva que preveja a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela parte predisponente, dando como exemplo o contrato de cessão de espaço em *shopping center*.

<sup>294</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.167.

### 2.3 Principais características do contrato de adesão

O contrato de adesão, como já definido, é o instrumento jurídico pelo qual uma das partes, o predisponente, estabelece unilateralmente as estipulações contratuais, restando à outra, o aderente, somente manifestar sua vontade em adesão ao bloco do regramento previsto, sem oportunidade de alterá-lo em substância. Assim, o essencial nessa modalidade de contratar é a ausência de debate anterior entre os futuros contratantes: o próprio estipulante (ou terceiro) determina *tout court* o conteúdo do contrato, as modalidades de execução e os riscos assumidos.<sup>295</sup>

Com efeito, a predisposição unilateral do conteúdo negocial por indivíduo endereçada a incidir particularmente na esfera jurídico-patrimonial de outro sujeito representa fenômeno de ampla relevância social e econômica.<sup>296</sup> A autonomia privada, como visto, não possui valor em si e deve ser direcionada a atender a interesses e funções merecedoras de tutela e socialmente úteis. Conforme Pietro Perlingieri, "apresenta-se, no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de ao menos uma das partes interessadas na negociação", sendo voltada à "realização não apenas de direitos subjetivos mas também de deveres de solidariedade e, às vezes, de obrigações legais de contratação".<sup>297</sup>

O contrato de adesão, na acepção adotada neste trabalho,<sup>298</sup> não se confunde com o contrato *standard*. Isso porque o primeiro forma categoria mais ampla, que abrange todos os casos de imposição unilateral de cláusulas prefixadas, mesmo que tenham sido elaboradas para modelar o conteúdo de única relação jurídica; enquanto que o segundo tem o conteúdo formado exclusivamente pelas condições gerais

---

<sup>295</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.27-28. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132). Cf. RIEG, Alfred. *Contrat type et contrat d'adhésion*. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.108.

<sup>296</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle C.D. condizioni generali di contratto*. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003. p.297-298.

<sup>297</sup> Id. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.345-346.

<sup>298</sup> Sobre o ponto, ver item 1.3.

do contrato. Dessa forma, não desnatura a adesão se o contrato for elaborado especificamente para determinada relação negocial, pois o fundamental é que não seja dada à parte aderente a oportunidade de discutir pontos relevantes da avença.<sup>299</sup>

Afirma António Pinto Monteiro que o contrato de adesão, em sentido *stricto*, é aquele "celebrado em conformidade com as cláusulas previamente redigidas por uma das partes (ou até por terceiro), sem que a outra parte possa alterá-las", restando-lhe somente "a mera adesão a cláusulas preformuladas por outrem". Nesse sentido, apresenta as seguintes características: (i) predeterminação; (ii) unilateralidade; e (iii) rigidez.

No entanto, ressalta o autor que, na maior parte das vezes, esse modo de contratar tem seu conteúdo formado pelas condições gerais do contrato. De fato, a contratação por adesão impõe-se, na moderna vida econômica, como forma ideal para atendimento das necessidades de *racionalidade, planeamento, celeridade e eficácia*, com visível intenção uniformizadora. Em consequência, o contrato de adesão, em sentido *lato*, tem como características, além das três antes mencionadas, a (iv) generalidade e (v) abstração.<sup>300</sup> Por fim, há ainda quem atribua ao contrato de adesão a característica da necessidade de contratar.

Independentemente de ter ou não seu conteúdo formado por condições gerais, a primeira característica do contrato de adesão é a predisposição das estipulações contratuais, que são definidas em momento anterior ao da celebração do contrato.<sup>301</sup> Essa determinação antecipada do conteúdo das obrigações traduz-se na ausência de participação do aderente no momento da redação do contrato e tem como consequência

---

<sup>299</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. p.229. Em sentido contrário, GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.4-5. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p.24.

<sup>300</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.3-31, jul./set. 2001. p.6-7. A questão possui maior relevância no direito português, tendo em vista o conflito inicialmente estabelecido entre o direito interno (Decreto-Lei n.º 446/85) e a Diretiva Europeia sobre as cláusulas abusivas (Diretiva n.º 93/13/CEE). Sobre o ponto, v. SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.26-27.

<sup>301</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.35, mar. 1977.

o papel passivo que lhe é reservado na sua execução, sendo que ele confia no que foi estipulado pelo predisponente.<sup>302</sup>

Registre-se, todavia, que a predeterminação pelo contratante não significa a autoria material das cláusulas ou condições, sendo possível que o predisponente utilize cláusulas anteriormente estabelecidas por outro empresário ou por associação profissional a que ele pertence ou mesmo pelo Poder Público.<sup>303</sup> Ademais, o conteúdo do contrato de adesão, a princípio, não é violador de nenhuma norma jurídica de caráter imperativo e poderia ser adotado validamente em qualquer relação jurídica entre partes "livres e iguais". O que torna especial esta modalidade de contratação e justifica o mais rígido controle de merecimento de tutela não é seu conteúdo *per se*, mas sim o fato de ser *prévia e unilateralmente definido*.<sup>304</sup>

Dessa forma, a segunda característica do contrato de adesão é a unilateralidade.<sup>305</sup> Como afirma Paulo Luiz Neto Lôbo, "a predisposição é unilateral porque posta e imposta, ou apenas imposta, pelo predisponente", já que "não se origina de acordo, tratativa ou negociação prévia".<sup>306</sup> Raymond Saleilles, criador da expressão *contrat d'adhésion*, destaca que neste particular modo de contratar há a predominância exclusiva de uma só vontade, agindo unilateralmente e ditando sua lei à contraparte.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.28. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132). Cf. JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.8, 1937, para quem, no contrato de adesão, há "le monnayage d'une formule préalablement établie, exclut toute discussion préalable, tout marchandage, toutes tractations".

<sup>303</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.320. Cf. GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.91-92. NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p.4.

<sup>304</sup> Cf. GÓMEZ, Carlos Ballugera. *El contrato no-contrato: enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006. p.84. Em sentido próximo, v. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.60.

<sup>305</sup> Registre-se, todavia, que a característica da unilateralidade no contrato de adesão deve ser entendida no sentido de predisposição unilateral de seu conteúdo, não se confundindo com negócio jurídico unilateral ou contrato unilateral. Sobre a natureza jurídica do contrato de adesão, v. item 2.1.

<sup>306</sup> LÔBO, op. cit., p.25.

<sup>307</sup> SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.229.

Cabe a essa vontade unilateral fixar a economia do contrato e seus elementos, restando ao aderente somente intervir para dar eficácia jurídica àquela vontade unilateral.<sup>308</sup> Por evidente, a unilateralidade da formação do conteúdo do contrato de adesão garante maior poder negocial ao predisponente, ao menos do ponto de vista fático.<sup>309</sup>

A terceira característica que completa o conceito *stricto* de contrato de adesão é a rigidez. Cabe a uma das partes a determinação prévia das disposições contratuais, restando à outra aceitar o conteúdo contratual como um todo ou recusar em bloco a sua adesão, na máxima "pegar ou largar".<sup>310</sup> A troca de consentimentos é condicionada pela presença de regramento predefinido e rígido, que dificilmente poderá ser alterado no momento da celebração do contrato.<sup>311</sup> A adesão é feita pela parte sem estudo mais aprofundado do conteúdo e, às vezes, sem que tenha até ciência de algumas de suas previsões.<sup>312</sup>

Desse modo, é exatamente a impossibilidade de discussão e negociação do conteúdo do contrato que separa o contrato de adesão daquele dito como contrato negociado.<sup>313</sup> As estipulações contratuais não podem ser alteradas parcial ou totalmente, sob pena de o contrato deixar de ser de adesão, convertendo seu conteúdo

---

<sup>308</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.27-28. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132). Já ressaltava o exercício de verdadeiro "poder regulamentar" pelo aderente, GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.227-228.

<sup>309</sup> LOKIEC, Pascal. *Contrat et pouvoir: essai sur les transformations du Droit Privé des rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de Droit Privé, t.408). p.60.

<sup>310</sup> Cf. GOUNOT, op. cit., p.16. JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.9, 1937. TELLES, , Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 1965. p.408: "formula-se e oferece-se ao público um modelo de contrato, e quem quiser contratar tem de aceitar esse modelo sem discutir, dando-lhe inteiramente o seu *placet*: ou aceita em bloco as cláusulas, ou não contrata: ou sim ou não".

<sup>311</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.27.

<sup>312</sup> GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Réimpression de l'édition publiée en 1937. Paris: Sirey, 1965. p.53. Cf. STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p.224.

<sup>313</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.320.

em simples cláusulas contratuais, que ingressam no regime comum dos contratos.<sup>314</sup> Nada obstante, excepcional e pontualmente, pode haver cláusulas avulsas livremente negociadas inseridas no contrato de adesão sem que ele se desnature.<sup>315</sup>

Por sua vez, o contrato de adesão em sentido *lato*, também denominado de contrato *standard*, possui mais duas características, fruto da incorporação das condições gerais do contrato, quais sejam: a generalidade e a abstração. Pela característica da generalidade, há intenção uniformizadora na contratação com o uso das condições gerais.<sup>316</sup> Com efeito, a contratação por adesão às condições gerais é aquela estandardizada, voltada ao atendimento de exigência de racionalidade na atividade econômica. Com isso, visa-se a alcançar maior segurança e rapidez nas trocas comerciais. O intento do predisponente é de obter, de número múltiplo de aderentes, a aceitação das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo das relações contratuais.<sup>317</sup>

Por conseguinte, essa prática comercial uniformizadora ajusta-se à sociedade de massa, correspondendo os contratos em série, no plano jurídico-negocial, ao anonimato e despersonalização, que caracterizam as atuais relações sociais.<sup>318</sup> Decerto, a adoção das condições gerais nas relações jurídicas massificadas visa a sua *despersonalização*, no sentido de perda de identidade. Diversamente das relações

---

<sup>314</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.26.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p.38. Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.35, mar. 1977: "não é igualmente forçoso que as condições gerais formem um bloco que contenha a totalidade ou um conjunto completo de cláusulas negociais. Pode tratar-se de algumas cláusulas avulsas". Sobre o ponto, v. item 1.3.

<sup>316</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.174.

<sup>317</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.9. A pluralidade de contratos não precisa significar grupo indefinido de contratações. O fundamental é que as condições gerais tenham sido elaboradas unilateralmente como o conteúdo já pré-definido e rígido para um número variado de futuros contratos. Cf. STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.274-275. SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.557, 1977-1978. No direito português, v. SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.215.

<sup>318</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Reimpressão da edição de 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p.749.

jurídicas tradicionais, que eram travadas entre sujeitos concretos e imediatamente identificáveis, as relações massificadas tornam-se anônimas e os aderentes passam a ser identificados por números ou *tickets*.<sup>319</sup>

Outrossim, como característica do contrato de adesão *lato sensu*, menciona-se a abstratividade, tomada a expressão no sentido de que, tendo em vista que as cláusulas predispostas possuem o objetivo de serem repetidas no conteúdo de muitas relações contratuais concretas, têm de ser formuladas de modo abstrato, pois quem as redige não pensa em dado caso, nem nos possíveis contratantes singulares.<sup>320</sup> É próprio do conteúdo do contrato de adesão, quando formado pelas condições gerais, enunciar regras de porte geral, aplicáveis de forma impessoal.<sup>321</sup> Essas duas últimas características, como visto, fizeram com que alguns doutrinadores aproximassem o instituto da própria lei, que também é geral e abstrata, destinada a regular as relações concretas que a ela se ajustarem.<sup>322</sup>

Por fim, parte da doutrina ainda aponta como característico dos contratos de adesão a existência de imperiosa *necessidade de contratar* e a consequente falta de opção da parte aderente na aquisição do produto ou do serviço.<sup>323</sup> A razão seria a verificação de monopólio de direito ou de fato.<sup>324</sup> Por sua vez, surge, simetricamente, a

---

<sup>319</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho y masificación social. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.1. p.872-873.

<sup>320</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.60.

<sup>321</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.31. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

<sup>322</sup> A observação é de LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.26.

<sup>323</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.141. O autor diferencia o contrato de adesão, em que a necessidade estaria presente, do contrato *por* adesão. Em outro texto, afirma o autor que o contrato de adesão "distingue-se, no modo de formação, pela adesão *sem alternativa* de uma parte ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares nem modificação de suas cláusulas preestabelecidas". Cf. Id. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.3, destacou-se.

<sup>324</sup> Cf. DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951. p.25-26; GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.30; ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.317. No direito brasileiro, defende a posição, além do já citado Orlando Gomes, Rubens Requião (Considerações jurídicas sobre os centros comerciais ("shopping center") no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v.571,

*obrigação de contratar* do predisponente, como limitação da autonomia negocial, já que lhe é atribuído dever de observar paridade de tratamento entre todos os contratantes.<sup>325</sup>

De fato, como lembra Georges Ripert, há série de situações em que o aderente é forçado a contratar para a aquisição de bens e serviços considerados imprescindíveis para a vida cotidiana. Com efeito, "a não ser que não viaje, que não faça seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use transporte comum, que não trabalhe ao serviço de ninguém, é-lhe impossível deixar de contratar".<sup>326</sup> Ainda que haja diversas empresas no mercado, elas adotam as mesmas condições gerais, retirando possibilidade autêntica de escolha do aderente.<sup>327</sup>

No entanto, o monopólio pode até estar presente em muitos casos, mas não é exclusivo da contratação por adesão. Ademais, há infinidade de contratos do dia-a-dia, praticados por adesão, em que não há tal obrigatoriedade, como os de comércio de produtos e de prestação de serviços livremente oferecidos no mercado.<sup>328</sup> Como

---

p.27-28, maio 1983), para quem, no contrato de adesão, a aceitação das condições uniformes do contrato é inevitável, diferenciando-se do contrato-tipo ou *standard*. Sobre contrato-tipo, ver item 2.2.1 e contrato standard, item 1.3.

<sup>325</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.15: "*le limitazioni dell'autonomia contrattuale, infatti, possono tradursi ante nell'obbligo quanto nel divieto di contrattare, tanto nella necessità di conformarsi ad un regolamento predeterminato quanto nell'obbligo di osservare la parità di trattamento di tutti i contraenti; nella sostituzione automatica di clausole e nella modificazione del regolamento contrattuale per finalità di ordine sociale, e così via*". Cf. PERLINGIERI, Pietro. Appunti sull'inquadramento della disciplina delle C.D. condizioni generali di contratto. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003. p.300-301. Sobre a obrigação de contratar, fundamental consultar BARCELLONA, Pietro. *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Milano: Giuffrè, 1969. p.37-137.

<sup>326</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.113.

<sup>327</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6.ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007. v.1. p.158. Em sentido próximo, cf. GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.122, 2003.

<sup>328</sup> Cf. BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.29. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

afirma Teresa Negreiros, não consta da única definição legal no direito brasileiro<sup>329</sup> qualquer referência à necessidade de contratar.<sup>330</sup>

Portanto, na acepção definida neste trabalho, o contrato de adesão possui como traços característicos a predisposição, a unilateralidade e a rigidez, uma vez que as estipulações contratuais são estabelecidas prévia e imutavelmente por uma das partes, ainda que para reger relação jurídica única. Contudo, como a adoção do modelo de contratar por adesão é muito voltada para as relações massificadas, em sentido largo, ele adquire como características a generalidade e a abstração, pois predisposto em múltiplas relações uniformes, cujo conteúdo passa a ser formado pelas condições gerais.

#### 2.4 A interpretação do contrato de adesão. A *interpretatio contra stipulatorem*

Em razão de ter seu conteúdo formado, muito comumente, por cláusulas predispostas de forma geral e abstrata, a doutrina tradicionalmente ressalta que a interpretação do contrato de adesão deve aproximar-se da lei, tendo ainda de ser respeitado o sentido que exige a boa-fé e as relações econômicas em jogo.<sup>331</sup> Com efeito, trata-se da necessidade de uniformização da interpretação das cláusulas de adesão, já que o conteúdo desses contratos, ao propor regras gerais como fonte de direito objetivo, exerce com frequência função análoga às leis.<sup>332</sup>

Assim, a princípio, o contrato de adesão deve ser submetido às regras ordinárias de interpretação dos contratos, tendo como ponto de partida a "busca da

---

<sup>329</sup> Art. 54 do CDC.

<sup>330</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.375-376.

<sup>331</sup> Esse já era o entendimento de SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929. p.230. Cf. GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.229.

<sup>332</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.139. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

vontade comum das partes".<sup>333</sup> Contudo, dificilmente se poderá encontrá-la, pois o conteúdo contratual, além de ser redigido de modo abstrato e genérico, é definido unilateralmente pelo predisponente. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de proteção do aderente em face de disposições contratuais não claras produzidas pela outra parte.<sup>334</sup>

Como consequência, há a *objetivação da interpretação*, em regra a favor do aderente,<sup>335</sup> por meio de duas construções principais: (i) as disposições ambíguas ou obscuras devem ser interpretadas contra o redator do contrato, já que o aderente pouco ou nada participou da formação de seu conteúdo; e (ii) em caso de contradição entre as cláusulas manuscritas e as cláusulas impressas, as primeiras possuem prevalência por serem mais fiéis à vontade manifestada pela parte aderente.<sup>336</sup>

Pelo primeiro preceito, no caso de não ser possível, por obscuridade ou ambiguidade, descobrir a vontade contratual pelos conhecidos processos de interpretação, a dúvida impõe ao juiz o dever de interpretar a cláusula a favor do aderente. A interpretação contra o predisponente na hipótese de cláusulas ambíguas ou obscuras, foi adotada amplamente pela doutrina e positivada em diversos ordenamentos jurídicos.<sup>337</sup> Tal norma encontra suas origens na *interpretatio contra stipulatorem* do direito romano, como aplicação implícita da *culpa in contrahendo*.<sup>338</sup>

Conforme Anteo Genovese, a norma codifica o princípio geral de *clare loqui*, enunciando hipótese particular de incidência no contrato de adesão, pela qual quem

---

<sup>333</sup> RIEG, Alfred. *Contrat type et contrat d'adhésion*. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises*. Etudes de Droit Contemporain. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.115.

<sup>334</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.124. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

<sup>335</sup> SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Paris: LGDJ, 1997. p.84. (Bibliothèque de Droit Privé, t.264).

<sup>336</sup> RIEG, op. cit., p.115. Trata-se de construção jurisprudencial ao interpretar o art. 1.162 do Código Civil francês.

<sup>337</sup> Cf., exemplificativamente, art. 1.370 do Código Civil italiano, art. 11.º, 2, do Decreto-Lei n.º 446/85 do direito português, § 5 da AGB-Gesetz (hoje prevista no BGB § 305c (2)) e art. 423 do Código Civil brasileiro. É bem verdade que cada ordenamento jurídico tem as suas especificidades, que fogem ao âmbito deste trabalho.

<sup>338</sup> BERLIOZ, op. cit., p.126.

tem a iniciativa da declaração, que cria vínculo jurídico de interesse de outro indivíduo, deve evitar proposições linguísticas ambíguas ou obscuras capazes de sugerir dúvida.<sup>339</sup> Para Emílio Betti, trata-se de autorresponsabilidade atribuída a quem contrarie o ônus de *falar claramente* ao preformular o conteúdo do pacto contratual, que é destinado a criar obrigações ou limitar direitos à contraparte. Com efeito, a justificação prática do critério é plausível: atribui-se ao proponente o ônus de clareza ao redigir as cláusulas no seu interesse, se não o fez, deve sofrer as consequências do fato.<sup>340</sup>

Ademais, como afirma Alessandro Giordano, a *interpretatio contra stipulatorem*, além de se aplicar independentemente do conteúdo das previsões do contrato concreto, também não deve ser levado em conta se o aderente veste-se de credor ou devedor, não traduzindo simples *favor debitoris*.<sup>341</sup> Para o autor, o ônus de expressar-se com clareza é manifestação do dever do predisponente de comportar-se conforme os ditames da boa-fé no momento da formação do contrato, sendo a lei italiana particular aplicação, no contrato de adesão, da tutela da confiança da parte que adere ao conteúdo preestabelecido (*tutela dell'affidamento*).<sup>342</sup>

Por sua vez, ressalta Mario Cassottana que o critério da interpretação contra o autor da cláusula insere-se na dinâmica das relações contratuais entre o contraente "forte", enquanto predisponente, e o contraente "fraco", por ser excluído do procedimento de determinação do regramento do contrato. Dessa feita, a posição de inferioridade de um dos sujeitos da relação jurídica permite atribuir à lei a função de proteção da

---

<sup>339</sup> GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.400. Em sentido diverso, Id. *L'interpretazione del contratto standard*. Milano: Giuffrè, 2008. p.124, para quem a interpretação contra o estipulante não possui fundamento lógico nem justificação prática, respondendo somente a uma instância equitativa, como um favor concedido pelo legislador ao contratante aderente contra o abuso do poder de predisposição da contraparte, que se utilizou da redação de proposição linguística excessivamente duvidosa e polissêmica.

<sup>340</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994. p.354-356.

<sup>341</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.107-108. O autor dá como exemplo a cláusula de limitação de responsabilidade, pela qual o predisponente é devedor (cuja responsabilidade é restringida nas condições gerais) e o aderente credor.

<sup>342</sup> GIORDANO, loc. cit. Cf. PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993. p.465-466.

parte mais fraca, submetendo o predisponente à responsabilidade pelas declarações ambíguas e obscuras contidas nas estipulações contratuais.<sup>343</sup>

Assim, para o autor, como o contrato de adesão deve sujeitar-se à interpretação objetiva e típica, a busca pela "comum intenção dos contraentes" deve ser operada em critérios também objetivos de clareza. A revelação da dúvida que justifica a adoção da interpretação favorável ao aderente deve ser constatada considerando-se os parâmetros de inteligibilidade do contratante presumidamente médio e não aquele contratante específico do contrato concreto.<sup>344</sup> Ademais, a proteção deve ser estendida a textos de natureza formal, que são dificilmente inteligíveis e, portanto, inidôneos a informar o aderente sobre o complexo arranjo de direitos e deveres derivados do contrato, especialmente em razão do uso de expressões linguísticas excessivamente técnicas.<sup>345</sup>

Já pela segunda construção antes mencionada, em havendo contradição entre cláusulas impressas e manuscritas, devem prevalecer as últimas, por serem presumidamente mais fiéis à vontade contratual das partes.<sup>346</sup> Segundo Georges Berlioz, não se trata de simples aplicação do princípio geral *specialia generalibus derogant*, pois o que se objetiva é resolver o conflito entre as cláusulas que diferem em relação ao seu modo de formulação (se unilateral) e ao momento de estipulação (se predispostas) e não quanto ao seu conteúdo (se mais genérico ou específico).<sup>347</sup>

Conforme Guido Patti e Salvatore Patti, no direito italiano, as cláusulas particulares inseridas no contrato de adesão, de forma manuscrita ou não, quando incompatíveis

---

<sup>343</sup> CASSOTTANA, Marco. Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.126-128.

<sup>344</sup> Ibid., p.129-130.

<sup>345</sup> Ibid., p.129 e 138. Em sentido próximo, v. GENOVESE, Andrea. *L'interpretazione del contratto standard*. Milano: Giuffrè, 2008. p.122.

<sup>346</sup> A regra também foi positivada em alguns ordenamentos jurídicos, como o art. 1.342 do Código Civil italiano, § 4 da AGB-Gesetz (hoje prevista no BGB § 305b) e art. 7.º do Decreto-Lei n.º 446/85 do direito português. Já no direito francês, apareceu como uma construção jurisprudencial a partir do art. 1.162 do *Code Civil*. No direito brasileiro, a regra pode ser extraída do art. 423 do CC, quando menciona que as cláusulas contraditórias devem ser interpretadas a favor do aderente, como se verá a seguir.

<sup>347</sup> BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. p.128-129. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

com as cláusulas predispostas, fazem com que estas últimas deixem de compor o regramento contratual. A incompatibilidade, por sua vez, é verificada quando não seja possível resolver o conflito pela aplicação dos métodos tradicionais de interpretação.<sup>348</sup> O escopo da norma é a proteção da efetiva vontade das partes, pois se os contratantes incluíram na fórmula preestabelecida regras incompatíveis com o conteúdo antes previsto, a intenção era alterá-lo, ainda que não haja previsão expressa nesse sentido.<sup>349</sup>

Com efeito, as partes podem inserir no contrato de adesão cláusulas mediante os mecanismos correntes de formação do consentimento, sem que se perca a característica da formação por adesão. Essas condições particulares têm como propósito consignar os elementos específicos da relação jurídica singular, somando-se ao regramento predisposto unilateralmente. Como as estipulações específicas traduzem expressão da vontade que atende ao mecanismo tradicional de formação do contrato, derogam as condições gerais predispostas.<sup>350</sup>

De fato, o que sucede com frequência é que as cláusulas particulares – manuscritas ou mecanográficas – deixam de consignar expressamente que o escopo de sua inclusão é a derrogação das cláusulas predispostas, o que acaba por gerar o conflito interpretativo. Em consequência, adota-se a construção proposta, no sentido de que as cláusulas particulares contêm de ordinário as convenções que foram objeto de tratativas e discussão entre os contratantes, pelo que se deve considerar como deliberada modificação das condições predispostas unilateralmente.<sup>351</sup>

Ademais, o intérprete também deve ter em conta que as cláusulas particulares são estipuladas no *momento da conclusão do contrato*, enquanto que as condições gerais, que formam comumente o conteúdo do contrato de adesão, são formuladas prévia e unilateralmente pelo predisponente, sem levar em consideração o negócio concreto. Por conseguinte, a disposição particular presumidamente revela a intenção

---

<sup>348</sup> PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993. p.470-471.

<sup>349</sup> DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951. p.122-123.

<sup>350</sup> STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p.246-247.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p.247.

das partes de derrogar, no caso singular, a condição geral redigida de forma unilateral pelo estipulante para compor o conteúdo de seus contratos individuais.<sup>352</sup>

Como visto, a interpretação objetiva do contrato de adesão foi adotada amplamente pela doutrina. De modo enfático, afirma Phillip Hellwege que a interpretação desses contratos deve ser feita de forma tipificante (*typifying interpretation*). Nesse sentido, todas as circunstâncias relacionadas à conclusão daquele específico contrato devem ser desconsideradas. De igual modo, não é importante como aquelas partes que propriamente compõem o contrato entendem o seu conteúdo, e sim a maneira como partes a que tipicamente o contrato seria aplicável o entendem. Isso porque o conteúdo do contrato de adesão, quando formado pelas condições gerais, precisa ser aplicado de forma uniforme a todos os casos.<sup>353</sup>

No direito brasileiro, a interpretação objetiva também foi seguida por parte relevante da doutrina. Paulo Luiz Neto Lôbo defende que "as condições gerais, como a lei, destinam-se ao público, a todos, e somente podem ter uma interpretação, ainda que diferentemente as entendam os potenciais aderentes".<sup>354</sup> Para Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, as condições gerais, quando formam o conteúdo do contrato de adesão, não podem ser interpretadas de modo particularizado, diverso para cada aderente, "sob pena de violação da igualdade de posições jurídicas, perante aquelas condições, de que todo o aderente deve poder desfrutar".<sup>355</sup> Em sentido próximo, afirma Araken de Assis que "é preciso, em síntese, tutelar a confiança da coletividade, e não a de uma pessoa particular".<sup>356</sup> As afirmações, contudo, devem ser vistas com ressalvas.

---

<sup>352</sup> STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p.248. Cf. GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.200.

<sup>353</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.590.

<sup>354</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.129.

<sup>355</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.p.89.

<sup>356</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Organização de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.116.

Na interpretação do contrato, seja ou não por adesão às condições gerais, perpassa-se pela autonomia e heteronomia. Isso porque, neste momento, confronta-se o regramento estabelecido, fruto da autorregulamentação prevista pelas partes (ainda que, nos contratos de adesão, seja predisposto unilateralmente por uma delas), com a ordem de heteronomia, referente aos dispositivos constitucionais e legais pertinentes (hetero-regulamentação). Dessa feita, uma e outra compõem o ordenamento jurídico, que será construído em cada caso concreto.<sup>357</sup>

Com efeito, mesmo nos contratos de adesão, cujo conteúdo comumente é padronizado para diversas relações jurídicas concretas, não se pode negligenciar as especificidades do caso concreto. Além disso, a interpretação da lei e do contrato formam operação unitária. Conforme lição de Pietro Perlingieri, "o estreito relacionamento entre fato e norma – e, portanto, entre fato e efeito, entre fato e relação – revela a unidade do procedimento interpretativo".<sup>358</sup> Deve o intérprete fazer o cotejo do enunciado normativo com o ordenamento como um todo, tendo em conta os seus princípios fundamentais e as peculiaridades da realidade concreta.<sup>359</sup> Nesse sentido, Carlos Nelson Konder:

Portanto, a conclusão inevitável é a quebra dos fundamentos que justificariam uma drástica separação metodológica entre a interpretação da lei e a interpretação do contrato. Assim como a interpretação da lei, a interpretação dos contratos também se dirige à aplicação das normas estabelecidas pelo ordenamento, orientada pelos seus princípios fundamentais positivados democraticamente no texto constitucional. Sua única peculiaridade é que a gênese da figura jurídica do contrato está em um ato de autonomia privada, espaço franqueado pelo ordenamento ao particular para a persecução de finalidades juridicamente merecedoras de tutela. De fato, não se trata de negar o papel da vontade na determinação do conteúdo normativo do contrato – fundamental, ainda que não suficiente, para identificar a função concreta do contrato – nem de relegar as normas do ordenamento que a reconhecem e tutelam, mas conciliá-las com as demais normas de forma a reconhecer e garantir a unidade que caracteriza o sistema que tem por fundamento único de validade o texto constitucional e nele encontra seus objetivos primordiais.<sup>360</sup>

---

<sup>357</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. Texto gentilmente cedido pela autora.

<sup>358</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.650.

<sup>359</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2009. p.113.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p.119.

A busca da isonomia na interpretação do conteúdo do contrato de adesão, especialmente quando formado por cláusulas dotadas de generalidade e abstração, não afasta ou impede a análise pelo intérprete das especificidades do caso concreto. É necessário, por conseguinte, conjugar as duas perspectivas, do fato e da norma. Desse modo, uma cláusula em geral admissível, tendo em conta o figurino padronizado dos interesses sobre os quais tipicamente incide, deverá, ainda, mostrar-se compatível com as expectativas geradas nas partes na relação jurídica negocial concreta.<sup>361</sup>

No direito brasileiro, o art. 423 do Código Civil prevê que "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". Como entende a melhor doutrina, é necessário que se verifique, em determinado contrato concreto, ambiguidade ou contrariedade nas suas cláusulas para que tal patologia possa ser sanada por meio do remédio previsto pelo legislador, qual seja, a interpretação contra o estipulante.<sup>362</sup>

O Código Civil brasileiro submeteu as cláusulas *contraditórias* ao mesmo regime das cláusulas ambíguas. Com efeito, são noções quase intuitivas: "enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contrariedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrente do conflito de cláusulas distintas".<sup>363</sup>

Ao que parece, houve a incorporação parcial das duas construções antes mencionadas, da interpretação contra o predisponente (i) no caso de estipulações que sejam capazes de gerar no aderente dúvida razoável quanto ao seu alcance ou (ii) quando haja no contrato previsões contraditórias entre si. Contudo, a avaliação

---

<sup>361</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.203.

<sup>362</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.28. Cf. "Cobrança de Seguro cláusulas contratuais. Interpretação. Avarias no container. Danos em mercadorias (telas de plasma). *Contrato de seguro prevendo vistoria conjunta, que deveria ser realizada em cinco dias após o término da descarga. Entendimento da autora de que os cinco dias devem ser contados como dias úteis, e não corridos. Descabimento, pois a cláusula contratual é clara e expressa, não comportando dubiedade em sua exegese, razão pela qual não há que se falar em interpretação favorável à contratante autora*. Sentença de improcedência mantida [...]" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 0108595-12.2008.8.26.0003*. Relator: Desembargador Sérgio Shimura. Julgamento: 11/12/2013. Publicação: DJ. 17/12/2013).

<sup>363</sup> TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, loc. cit.

deverá ser feita no *caso concreto*, com as suas particularidades, quando se verificar a ambiguidade de sentido da cláusula ou quando haja "oposição de sentido de duas cláusulas de conteúdo absolutamente incompatível, sendo que a aplicação de uma delas prejudica o aderente".<sup>364</sup>

Decerto, "em caso de desarmonia entre as cláusulas conformadoras das prestações principais e outras estipulações, sobretudo no domínio do contrato de adesão a cláusulas contratuais gerais, este critério leva a cabo a tutela da confiança".<sup>365</sup> Trata-se diretriz trazida para as relações civis em amplitude bem menor do que no Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 47 estabelece genericamente que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira favorável ao consumidor".<sup>366</sup>

Como visto, em razão da assimetria de poder negocial existente na contratação por adesão, espera-se do estipulante maior lisura e correção no estabelecimento de obrigações e na limitação dos direitos da contraparte, tendo especial incidência os princípios da boa fé objetiva e do equilíbrio contratual.<sup>367</sup> Consoante sintetiza Almeno de Sá, deve-se buscar, "na complexidade dos termos contratuais do massificado tráfico jurídico negocial dos nossos dias, soluções ajustadas aos interesses de ambas as partes, sendo certo que tal só poderá lograr-se a partir da correta definição dos direitos resultantes do regulamento contratual".<sup>368</sup>

Portanto, a *ratio da interpretatio contra stipulatorem*, com a aplicação da boa fé objetiva, é o rompimento do favorecimento que o predisponente outorgou a si próprio em prejuízo da outra parte, por meio de cláusulas ambíguas e contraditórias,

---

<sup>364</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.103.

<sup>365</sup> RIBEIRO, loc. cit.

<sup>366</sup> Ibid., p.98, para quem "não choca a solução afirmativa, a mais conforme a letra da lei e em perfeita correspondência com o tratamento mais favorável de que goza o contraente-consumidor".

<sup>367</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.16.

<sup>368</sup> SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo código civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v.23, p.172, 2002.

que dificultam o atingimento da finalidade contratual visada pela contraparte.<sup>369</sup> Conforme afirma Anelise Becker, nas relações sociais que dão vida ao regulamento contratual celebrado por adesão do princípio da boa-fé objetiva decorre o dever do predisponente de não explorar o aderente, que se soma ao princípio da equivalência como pautas interpretativas.<sup>370</sup>

Por sua vez, como se passará a desenvolver a seguir, há outras normas voltadas para a tutela da parte aderente, sendo algumas oriundas inicialmente do direito do consumidor. Por evidente, estabelecem meios idôneos a estimular sua atenção e a favorecer o conhecimento do conteúdo contratual, ressaltando o dever de informar do predisponente.

## 2.5 Dever de informação do predisponente e cognoscibilidade do conteúdo pelo aderente

Além da interpretação contra o predisponente quando, no caso concreto, houver cláusulas ambíguas ou contraditórias entre si, a proteção do aderente deve ser reforçada no *momento de formação do contrato*. Como antes visto, o principal problema apontado na contratação por adesão é a existência de assimetria de informação entre as partes, quando do nascimento da relação jurídica.

Com efeito, o aderente, muitas vezes, não tem acesso prévio às disposições predispostas pela outra parte ou, ainda que possua, seja por falta de tempo ou outra razão prática, não faz análise detalhada de seu conteúdo.<sup>371</sup> Não obstante as partes nas relações civis e empresariais serem reputadas como iguais, poderá surgir entre

---

<sup>369</sup> Cf. DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941. p.197.

<sup>370</sup> BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.78. Sobre o ponto, ver item 1.6.

<sup>371</sup> TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p.119. Cf. GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.126 e segs, 2003.

elas desigualdade de fato, exatamente em razão de uma ser mais informada, de modo a desencadear o dever de informar o outro contratante.<sup>372</sup>

No direito italiano, a disciplina das condições gerais prevê que o conteúdo do contrato somente será oponível às partes se, no momento da adesão, for dada oportunidade ao aderente de conhecer as previsões contratuais, utilizando-se da ordinária diligência.<sup>373</sup> Consoante Massimo Bianca, o escopo da norma é definir o objeto da relação jurídica por adesão, que é limitado às condições que o aderente conhece ou deveria conhecer.<sup>374</sup>

Para Luigi Cariota Ferrara, a lei italiana traz temperamento do princípio da vontade com aquele da responsabilidade.<sup>375</sup> Dessa feita, o contraente, ao prestar sua adesão, conhece e aceita as cláusulas predispostas, dando seu consentimento para formação da relação jurídica obrigacional. Se, diversamente, não as conhece, mas deveria conhecer usando de ordinária diligência, o contrato também lhe será considerado obrigatório e eficaz.<sup>376</sup> Como afirma Massimo Bianca, a diligência necessária deve ser reportada ao critério de normalidade, conforme padrão médio para a massa de aderentes em relação a determinado tipo de operação econômica.<sup>377</sup>

De igual modo, a lei italiana exige a específica aprovação pela parte, por escrito, das cláusulas gravosas (*clausole vessatorie*). São assim consideradas as

---

<sup>372</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil*: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p.236.

<sup>373</sup> Art. 1.341, primeira parte, do Código Civil italiano.

<sup>374</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma*: scritti giuridici. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.479.

<sup>375</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Napoli: ESI, 2011. p.188.

<sup>376</sup> DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951. p.71. Cf. PIANESI, Ermanno. *Le condizioni generali nei contratti degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1966. p.46, para quem "*in tali casi, la norma pubblica pone una riserva di autonomia privata, prescrivendo che le clausole di vantaggio per il predisponente abbiano efficacia soltanto se generate dall'accordo delle parti, siano cioè esplicazione del potere dell'autonomia privata*".

<sup>377</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma*: scritti giuridici. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.480. Conforme o autor, na aplicação do critério, deve ser excluída a hipótese de um aderente que tenha particular esforço ou competência para conhecer as condições utilizadas pelo predisponente.

que limitem a responsabilidade do predisponente, estabeleçam a faculdade de denúncia unilateral do contrato ou de sua suspensão, restrinjam a liberdade da parte em relação a terceiros, prevejam a prorrogação ou renovação tácita do contrato ou, ainda, estipulem cláusula compromissória ou de eleição de foro.<sup>378</sup>

Conforme Alessandro Giordano, o automatismo da contratação na sociedade de massa, com o uso das condições gerais no conteúdo do contrato de adesão, favorece a excessiva velocidade na conclusão das relações jurídicas. Como consequência, é necessário *retardar* a formação do vínculo contratual, quando presentes cláusulas que limitem ou retirem direitos do aderente previstos em regra dispositiva, enfraquecendo sua posição contratual. Deve-se garantir que a parte aderente tenha a atenção reforçada ao dar o consentimento, preservando a *contratualidade efetiva*.<sup>379</sup> Para Anteo Genovese, a lei italiana visa a proteger a liberdade contratual da parte aderente, que passa a ter que se manifestar expressamente acerca do conteúdo do contrato para que as cláusulas predispostas gravosas produzam efeitos como estipulações contratuais.<sup>380</sup>

Por conseguinte, a exigência da proteção particular do aderente é identificada no perigo de *surpresa*, isto é, na necessidade de tutela da parte quanto ao risco de aceitação das cláusulas predispostas sem tomar plena consciência do significado de todas as previsões contratuais. Trata-se de requisito de forma para a produção de efeitos de determinadas regras contratuais, que não terão eficácia se não for dada ao aderente a oportunidade de efetivo conhecimento de seu conteúdo no momento da conclusão do contrato. Ademais, conforme antes visto, o requisito da aprovação específica de cláusulas gravosas não exime o predisponente do dever de tornar todo o conteúdo contratual facilmente cognoscível para o aderente.<sup>381</sup>

No direito alemão, por sua vez, também foram previstas normas voltadas para a tutela do aderente, dando-lhe oportunidade de conhecer o regramento do contrato.

---

<sup>378</sup> Art. 1.341, segunda parte, do CCi.

<sup>379</sup> GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951. p.15.

<sup>380</sup> GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.294.

<sup>381</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.495-496. Como enfatiza o autor "ora, la sottoscrizione della clausola non implica per ciò stesso facile conoscibilità della medesima se la facile conoscibilità vuol dire anche che la clausola deve essere sufficientemente intellegibile" (p.496).

Dessa feita, a lei alemã exige que, para a incorporação das condições gerais como conteúdo do contrato de adesão, o proponente deve chamar a atenção da outra parte para as suas previsões no momento da conclusão do contrato.<sup>382</sup> De acordo com Otto Sandrock, o essencial pela regra é que a referência às condições gerais do contrato seja inequívoca para o aderente, não se aceitando simples menção que possa ser facilmente ignorada ou mal compreendida.<sup>383</sup> Com o mesmo escopo, a lei alemã também prevê que deve ser garantida ao aderente oportunidade razoável de estudar e tomar conhecimento das condições gerais.<sup>384</sup>

De igual forma, a norma alemã traz a vedação às cláusulas-*surpresa*, ao dispor que as condições gerais não serão consideradas como parte integrante do contrato se, segundo determinadas circunstâncias, e particularmente conforme a base de aparência externa do contrato, sejam tão incomuns a ponto de não poderem ser previstas pelo aderente.<sup>385</sup> Segundo Hans Stoll, a regra justifica-se pelo fato de que tais cláusulas produzem efeito surpresa enquanto sejam particularmente diversas das regras geralmente praticadas no determinado setor de atividade.<sup>386</sup>

Ademais, afirma Klaus Peter Berger que a máxima da transparência (*Transparenzgebot*), que veda as cláusulas-*surpresa*, deve sujeitar-se à dupla diferenciação nas relações interempresariais (*b2b contracts*). Em primeiro lugar, os requisitos de transparência no âmbito *b2b* não são os mesmos necessários nos contratos com consumidores (*b2c contracts*), por serem mais flexíveis. Em segundo, mesmo quando o contrato seja entre empresários, é necessário controle de transparência diferenciado conforme os horizontes significativamente diferentes de compreensão e de expectativa dos tipos médios empresariais (rede de fornecedores). Por conseguinte, obriga-se o predisponente a formular cláusulas de modo que o

---

<sup>382</sup> § 2 (1)1 da AGB-Gesetz, hoje a disciplina foi incorporada ao BGB § 305 (2)1.

<sup>383</sup> SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.558, 1977-1978.

<sup>384</sup> § 2 (1)2 da AGB-Gesetz, hoje no BGB § 305 (2)2. Cf. Ibid., p.559. STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.279.

<sup>385</sup> § 3 da AGB-Gesetz, hoje no BGB § 305c (1).

<sup>386</sup> STOLL, op. cit., p.281.

aderente, no esforço exigível consoante suas capacidades de conhecimento, possa perceber e avaliar o conteúdo do contrato.<sup>387</sup>

Já no direito português, o legislador prevê o dever de comunicação do predisponente, que deverá levar ao conhecimento do aderente as disposições contratuais.<sup>388</sup> Conforme Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, trata-se de obrigação de meio, pois não se estabelece o dever de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas apenas desenvolver, para tanto, esforço razoável.<sup>389</sup> Outrossim, também é previsto o dever de informação,<sup>390</sup> pelo qual "quem utiliza as cláusulas deve, [...] além de comunicar o respectivo conteúdo, informar o aderente de seu significado e de suas implicações", conforme "as necessidades sentidas por um aderente normal, colocado na situação considerada".<sup>391</sup>

Nesse sentido, ressalta António Pinto Monteiro que essas normas destinam-se a proteger a parte contra o risco do desconhecimento das cláusulas contratuais gerais, evitando-se a sujeição do aderente a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas. Trata-se de impedir o uso, perante o aderente, de "cláusulas que suscitem, justificadamente, *reações de surpresa*", com o objetivo de tutelar a confiança depositada pelo aderente em conteúdo que não corresponde a realidade, que foi legitimada pelo comportamento da contraparte.<sup>392</sup> Igualmente, também servem

---

<sup>387</sup> BERGER, Klaus Peter. AGB-Gestaltung und Transparenzgebot. Beispiele aus der Jüngerer BGH-Rechtsprechung zum Unternehmerischen Geschäftsverkehr. *NJW*, p.3.527, 2007. Para o autor, no tráfego negocial entre empresas, a cláusula será suficientemente clara e compreensiva quando o parceiro contratual do respectivo grupo de clientes possa perceber e avaliá-la com os esforços exigíveis para alcançar tal conhecimento (p.3.530).

<sup>388</sup> Art. 5.º do Decreto-Lei n.º 446/85 do direito português.

<sup>389</sup> COSTA, Mário de Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1986. p.25.

<sup>390</sup> Art. 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85 do direito português.

<sup>391</sup> COSTA; CORDEIRO, op. cit., p.25.

<sup>392</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.12, jul./set. 2001. Quanto à vedação das cláusulas-surpresa, há ainda o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85 do direito português.

para moderar os intentos do predisponente, ciente da visibilidade das condições gerais para o aderente<sup>393</sup>.

O Código Civil brasileiro, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, não trouxe regra geral estabelecendo o dever do predisponente de dar oportunidade ao aderente de conhecer o conteúdo do contrato, fornecendo-lhe as informações necessárias acerca das estipulações contratuais, sejam elas gravosas ou não.<sup>394</sup> No entanto, como ressalta Paulo Luiz Neto Lôbo, "as condições gerais, para que possam produzir efeitos, têm de ser cognoscíveis ao aderente", uma vez que em contrapartida "ao direito do aderente à cognoscibilidade corresponde o dever do predisponente de informar".<sup>395</sup>

Nas relações de consumo, o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor exige que seja dada ao destinatário a oportunidade de tomar conhecimento prévio acerca do conteúdo contratual. De igual modo, prevê o § 3.º art. 54 do CDC que "os contratos de adesão escritos devem ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor". Pelo § 4.º do mesmo dispositivo, "as cláusulas que implicarem em limitação do direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo a sua imediata e fácil compreensão".<sup>396</sup>

Com efeito, tais regras, como conseqüências do princípio da boa-fé objetiva, devem ter seu campo de aplicação estendido, por interpretação analógica, podendo incidir nos contratos de adesão formados em relações civis e empresariais.<sup>397</sup> Conforme Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

---

<sup>393</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.13, jul./set. 2001.

<sup>394</sup> A ausência de tal regra é notada e criticada por ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, v.7, n.26, p.79, 2004.

<sup>395</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.109.

<sup>396</sup> Cf. AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.250 e segs.

<sup>397</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.245. Sobre o ponto, v. item 3.5.

A literatura jurídica brasileira, notadamente a consumerista, inspirada pela relativamente minuciosa disciplina do CDC, encontra-se repleta de hipóteses que também poderiam ser tuteladas pelo CC em matéria de controle da formação dos contratos de adesão. É o caso das cláusulas de difícil leitura, seja pelo tamanho dos caracteres – ou mesmo pela falta de destaque, fazendo com que elas se percam em um mar de outras cláusulas –, seja pela sua inserção na topografia do instrumento (as chamadas cláusulas-surpresas). É evidente que aqui não há embaraço para que se lance mão do CDC, da doutrina consumerista e mesmo dos desenvolvimentos jurisprudenciais já alcançados neste particular.<sup>398</sup>

Decerto, como já afirmado, o princípio da boa-fé objetiva contribui para a determinação do objeto contratual e serve de norte para a definição dos parâmetros de conduta esperada dos contratantes. O dever de informação e transparência, que cabe ao predisponente, deverá ter seus limites definidos conforme os ditames da boa-fé, sendo voltado ao atendimento da finalidade econômica do contrato, de modo a assegurar a realização completa da operação perseguida pelas partes.<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.29. Cf., exemplificativamente, decisão do STJ: "Direito processual civil e do consumidor. [...] Cláusula contratual. Ambiguidade. Interpretação favorável ao aderente/consumidor. Art. 423 do código civil e arts. 6.º, inciso iii, e 54, § 4.º, do CDC. Cláusulas contratuais que devem ser semanticamente claras ao intérprete. Consumidor. Hipossuficiência informacional. [...] 6. Eventual ambiguidade de conceitos - que, no caso, atinge o próprio objeto do contrato, deve ser solucionada em benefício do aderente (Código Civil, art. 423). Por outro lado, em se tratando de relação de consumo, os arts. 6.º, inciso III, e 54, § 4.º, do CDC estabelecem ser direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato. Garante-se-lhe não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque -, mas, sobretudo, uma clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido, haja vista que a hipossuficiência informacional do consumidor é característica, de regra, pressuposta" [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.262.132/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 18/11/2014. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 03/02/2015), destacou-se. Quanto à aplicação dos dispositivos do CDC que tratam do dever de informação do predisponente nas relações jurídicas civis não consumeristas, v. decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap.Cív. 0291714-35.2012.8.19.0001. Relator: Desembargador Cesar Felipe Cury. Julgamento: 25/02/2015. Órgão Julgador: 11.ª Câmara Cível. Publicação: DJ 27/02/2015).

<sup>399</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.41. Cf. "Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro de automóvel. Ressarcimento de danos pagos a terceiro envolvido em acidente de trânsito. Pretensão à compensação do valor despendido. Pagamento de danos emergentes, decorrentes da locação de veículo pela vítima do acidente, arcados pelo segurado. Apólice que previa a excludente de responsabilidade constante apenas das "condições gerais" da avença. Cláusula limitadora não redigida em destaque. Ausência de restrição expressa na apólice securitária. Contrato de adesão. Interpretação favorável ao aderente. Art. 423 do CC/02. Estipulação restritiva que provoca renúncia indireta a direito decorrente do contrato. Impossibilidade. Cláusula abusiva. Aplicação do art. 424, do código civil de 2002. Recurso conhecido e provido. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ap.Cív. 2010.031987-6. Relator: Desembargador Gerson Cherem II. Julgamento: 05/03/2013. Órgão Julgador: 1.ª Câmara de Direito Civil).

O aderente encontra-se em momento de "fraqueza relativa", ainda que não seja qualificado como consumidor, tendo em vista sua limitada participação na definição das cláusulas contratuais, que podem até fugir de seu conhecimento.<sup>400</sup> Consoante afirma Ruy Rosado Aguiar Jr., "nos contratos de adesão, a situação de desigualdade em que está colocado o aderente deve ser amenizada com a informação do estipulante a respeito das opções e respectivas condições".<sup>401</sup>

Dessa forma, a assimetria de poder negocial existente na relação jurídica por adesão justifica a atribuição de maior responsabilidade ao predisponente quanto ao dever de informar, pois deverá levar o conteúdo do contrato para a ciência da contraparte. Se, no passado, a concepção liberal permitia que a autonomia da vontade e a igualdade formal mantivessem afastados os deveres de informar, hoje, o inevitável declínio dessas ideias conduziu a que a vontade contratual passasse a sofrer maiores restrições, estando dentre elas aquela de fornecer informações relevantes a outra parte.<sup>402</sup>

Apesar de inexistir norma geral expressa para os contratos de adesão civis acerca do dever de informar do predisponente e da necessidade de chamar a atenção do aderente para cláusulas predispostas gravosas, há previsão específica na Lei de Arbitragem. Com efeito, o § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 9.307/1996 estabelece que a cláusula arbitral somente produzirá efeitos em relação ao aderente se ele tiver a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, expressa e destacadamente, com a sua instituição, por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto específico para a cláusula.

Como se sabe, a arbitragem é meio extrajudicial de composição de litígios, no qual as partes optam por excluir o Estado do processo de julgamento de suas disputas,

---

<sup>400</sup> FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. In: *La protection de la partie faible dans les Rapports contractuels: comparaisons franco-belges*. Organizado pela Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne e Université Catholique de Louvain. Paris: LGDJ, 1996. p.616-618. (Bibliothèque de Droit Privé, t.261).

<sup>401</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.560.

<sup>402</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p.240-242.

nomeando, ao invés, particulares para o exercício da função.<sup>403</sup> Ainda que se trate de forma de autotutela reconhecidamente válida no ordenamento jurídico brasileiro,<sup>404</sup> ela pressupõe ampla autonomia para a sua instituição. Por conseguinte, em havendo a predisposição unilateral do teor do contrato, a lei de arbitragem prevê norma protetiva da parte aderente e estabelece meio idôneo a estimular sua atenção para o conteúdo contratual, ressaltando o dever de informar do predisponente.<sup>405</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar acerca da eficácia e validade de cláusula compromissória, distinguindo-se a hipótese de relação de consumo do contrato de adesão civil. No caso, cuidava-se de contrato de compra e venda imobiliária em relação de consumo, sendo, em tese, passível de aplicação simultânea a regra específica da Lei de Arbitragem e a vedação prevista no CDC, pela qual é nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem nas relações de consumo.<sup>406</sup> Ao confrontar os dois dispositivos legais, decidiu a 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, à unanimidade, que "o art. 4.<sup>o</sup> § 2.<sup>o</sup> da Lei n.<sup>o</sup> 9.307/1996 versou apenas acerca de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII do CDC às hipóteses em que o contrato, mesmo que de adesão, regule uma relação de consumo".

---

<sup>403</sup> O atual sistema arbitral, na vigência da Lei n.<sup>o</sup> 9.307/1996, permite que as partes interessadas submetam lígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis ao juízo arbitral mediante *convenção de arbitragem*, que possui duas espécies: a *cláusula compromissória* (art. 4.<sup>o</sup>) e o *compromisso arbitral* (art. 9.<sup>o</sup>). A primeira é a convenção escrita por meio da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem eventuais litígios futuros relativos a tal relação jurídica. A segunda, por seu turno, é a convenção pela qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem, podendo ser na modalidade judicial, celebrado por termo nos autos, ou extrajudicial, por escrito particular assinado por duas testemunhas ou por instrumento público. (V. DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.71-75).

<sup>404</sup> Cf. Decisão do Supremo Tribunal Federal. *SE 5206 AgR*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 30/04/2004, que reconheceu a constitucionalidade da lei de arbitragem.

<sup>405</sup> TIBÚRCIO, Carmen. Cláusulas compromissórias em contrato de adesão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.44, n.11, p.4, out./dez. 2010.

<sup>406</sup> Art. 51, VII do CDC.

Com efeito, a Turma estabeleceu o seguinte regramento:

(i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96 é aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 9.307/96.<sup>407</sup>

Nada obstante inegável relevância das normas que preveem o dever de informação e transparência do predisponente, a eficácia de tais medidas é *relativa*, pois, diversas vezes, o aderente encontra-se diante de situação de necessidade imperiosa de contratar. Dessa forma, mesmo ciente de que as cláusulas são abusivas ou inequitativas, a parte deve submeter-se, uma vez que inexistente alternativa real para a aquisição de bens e serviços que não pode prescindir.<sup>408</sup> Ainda que assim não seja, ante o dinamismo das relações sociais, por falta de tempo, de preparação técnica, por resignação ou conformismo, a parte acaba por não ler ou não se interessar em saber as condições do contrato.<sup>409</sup>

Como consequência, nem sempre com normas de diretrizes hermenêuticas ou de deveres de informação será alcançada a plena proteção do aderente. Consoante afirma Enzo Roppo, é necessário "assegurar, com instrumentos legais de eficácia mais direta, que o conteúdo das condições que lhe são impostas, não viola determinados critérios de equidade, razoabilidade e justo respeito de seus interesses". Para isso,

---

<sup>407</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.169.841/RJ*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 06/11/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 14/11/2012. A presidente da República, Sra. Dilma Rousseff, vetou parcialmente o art. 1º do Projeto de Lei n.º 403 de 2013, publicado como Lei n.º 13.129 de 2015, que pretendia alterar a lei de arbitragem para permitir expressamente a instituição de cláusula compromissória em relação de consumo. As razões do veto, apresentadas pelo Ministério da Justiça, são as seguintes: "da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor".

<sup>408</sup> Sobre necessidade de contratar, v. item 2.3.

<sup>409</sup> MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.13, jul./set. 2001.

deve ser reconhecida a invalidade das cláusulas unilateralmente predispostas inseridas em contratos de adesão que não se conformem com tais critérios.<sup>410</sup>

Portanto, não basta a informação correta acerca do conteúdo contratual para que o enlace seja merecedor de tutela segundo o ordenamento jurídico.<sup>411</sup> Como se verá a seguir, em razão de sua predisposição unilateral e rígida, verifica-se a necessidade de controle substancial das estipulações contratuais, o que permite a tutela do aderente contra a regulamentação potencialmente abusiva pelo predisponente.<sup>412</sup>

## 2.6 A proteção do aderente em perspectiva funcional e a necessidade de controle de conteúdo do contrato de adesão

Como visto, o contrato de adesão possui processo formativo que muito se distancia da imagem ideal de contratação na visão clássica. De fato, na concepção tradicional, o contrato é o veículo portador da vontade comum dos interesses contrapostos das partes, constituindo-se pelo resultado do exercício pleno da autonomia privada. Dessa forma, é formado por meio de uma negociação prévia entre os contratantes, na qual são feitas concessões recíprocas, sendo que as iniciais posições divergentes aproximam-se até a definição do conteúdo contratual.<sup>413</sup>

Por sua vez, na contratação por adesão, o próprio predisponente determina *tout court* o conteúdo do contrato, restando ao aderente somente manifestar sua vontade em adesão ao bloco do regramento rigidamente previsto. Apesar de superada a tese que nega a estrutura bilateral da relação jurídica constituída por

---

<sup>410</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.331. Em sentido próximo, BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.504-505.

<sup>411</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.131-151, out./dez. 2002. p.136.

<sup>412</sup> Cf. BIANCA, op. cit., p.506.

<sup>413</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.39-40.

adesão, não se pode ignorar que neste modo de contratar o grau de consensualidade é bastante reduzido. Com efeito, expropriado da liberdade de estipulação, o aderente limita-se a aquiescer com as disposições contratuais predeterminadas pela contraparte. No contexto da sociedade de massa, especialmente em razão do uso das condições gerais, o contrato, que antes era visto como a medida de configuração individualizada dos interesses das partes, passa a ser um instrumento de padronização de relações sociais.<sup>414</sup>

A necessidade de mais rígido controle da liberdade contratual justifica-se na unilateralidade do poder de decisão.<sup>415</sup> Tendo em vista a superação da concepção liberal e voluntarista na formação da relação contratual e o reconhecimento da assimetria de poder negocial existente entre as partes, ainda que não se verifique a superioridade econômica de uma delas, a análise de merecimento de tutela das cláusulas contratuais deverá ter em conta a necessidade de proteção da parte aderente. Em consequência, busca-se reequilibrar relação jurídica que já nasce tendente ao desequilíbrio, com a formação de novo paradigma contratual.<sup>416</sup> Assim, nas palavras de António Menezes Cordeiro:

O funcionamento livre da autonomia privada, mesmo em períodos históricos anteriores onde esse princípio não ocupava, no sistema-jurídico privado, o papel primordial que lhe atribuiu o liberalismo, sempre conduziu a injustiças potenciais. Elas não suscitavam problemas, enquanto não encontraram pela frente uma cultura que, com projecções jurídicas, começou a encarar, como colectivo – e logo com uma vocação emanante para a juridicidade – um tema que em si, relevava de uma problemática individual. O catalisar, em grupos sociais de extensão crescente, de problemas postos pela contratação livre, obrigou ao perguntar pela efectividade da autonomia privada. Se, formalmente, ela se contenta com a inexistência de entraves ao seu desenvolvimento, de facto, ela requer a possibilidade de opção efectiva, quando da celebração. Tal possibilidade pode ser frustrada, [...] simplesmente, por a contraparte se recusar a alterar a proposta ou a contraproposta que tenha

---

<sup>414</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990. p.40-41.

<sup>415</sup> BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.580-582, 1965.

<sup>416</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del Duemila*. Torino: Giappichelli, 2011. p.87. Sobre o ponto, ver o capítulo 1, com amplas referências bibliográficas.

formulado. [...] O controle judicial efectivo dos contratos obtidos pela utilização das condições contratuais gerais implica uma apreciação de mérito face às cláusulas questionadas e não um confronto de acordo com o modo de formação.<sup>417</sup>

Como já exposto, mostra-se insuficiente o controle da formação do contrato, com o estabelecimento do dever de informação do predisponente, a quem cabe levar, com transparência, o conteúdo do contrato ao conhecimento da outra parte. Por evidente, trata-se de um critério absolutamente formal que deixa em aberto o problema da disparidade de poder contratual.<sup>418</sup> Isso porque a sua função é exclusivamente sancionar o momento de nascimento do vínculo,<sup>419</sup> mas nada significando quanto ao seu juízo de licitude e de valor.<sup>420</sup>

Segundo Stefano de Rodotà, o regulamento contratual, composto dos elementos idôneos a completa disciplina da relação jurídica entre os contratantes, não se identifica necessariamente com as determinações privadas. Com efeito, a aplicação das normas legais ao caso concreto não significa apenas a previsão do tratamento jurídico incidente sobre o conteúdo contratual (normas dispositivas), mas também a própria definição deste conteúdo, dando origem a um regramento que pode não corresponder perfeitamente àquele imaginado pelas partes. Dessa forma, a fonte privada permanece como o motor negocial, devendo, todavia, ser conciliada com as normas imperativas, que formam a intervenção heterônoma no contrato.<sup>421</sup>

Para Pietro Perlingieri, os limites à autonomia privada são a própria expressão direta do ato e de seu significado. A atenção é deslocada do dogma da autonomia ao ato que deverá ser valorado não apenas isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito.<sup>422</sup> Conforme leciona Gustavo Tepedino, o exame do conteúdo

---

<sup>417</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p.652-653 e 655.

<sup>418</sup> BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.593, 1965.

<sup>419</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.66.

<sup>420</sup> PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.131-151, out./dez. 2002. p.136.

<sup>421</sup> RODOTÀ, op. cit., p.86-87.

<sup>422</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.357-358.

contratual não poderá limitar-se ao controle de ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressas relacionadas a matéria. Assim, o controle exercido pelo intérprete "deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva".<sup>423</sup>

Nesse sentido, é imprescindível controle substancial mais rígido do exercício da autonomia negocial nas situações de fato em que não tenha sido concedida às partes igual participação na determinação das previsões do acordo.<sup>424</sup> A liberdade contratual é submetida a intervenções por parte do legislador e do juiz, que visam a restaurar o equilíbrio do conteúdo do contrato, por meio da eliminação dos fatores de desequilíbrio que foram introduzidos pela parte em posição de força.<sup>425</sup> Decerto, as regras abstratas previstas para o contrato precisam ser confrontadas com a realidade concreta em sua execução, de forma que a aplicação das cláusulas contratuais seja voltada à garantia de efetiva igualdade entre as partes.<sup>426</sup>

Não obstante, como ressalta Massimo Bianca, no modelo contratual clássico, o fato de uma parte utilizar de sua posição de predomínio para definir o conteúdo contratual de forma que lhe seja mais favorável, restringindo ou retirando direitos da outra ou limitando a sua responsabilidade, não invalida o contrato concreto, desde que não haja desrespeito a norma de ordem pública. Isso porque tal aproveitamento não se traduz em vício de consentimento na manifestação de vontade (e.g. erro). Com efeito, a circunstância de que o contrato resulta particularmente gravoso para uma parte e vantajoso para outra não é, *per se*, causa de invalidade do enlace, já que fica dentro do jogo da contratação, não sendo vedada pela lei.<sup>427</sup>

---

<sup>423</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.243.

<sup>424</sup> BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.593, 1965.

<sup>425</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé*: Thémis. Droit. Paris: Presses universitaires de France, 2011. p.446.

<sup>426</sup> RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Milano: ESI, 2007. p.17-18: "la soggettività astratta si confronta e si misura sulla concretezza del reale. Da qui alla necessità di una legislazione diseguale in nome della realizzazione effettiva dell'eguaglianza il passo è obbligato".

<sup>427</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.505.

Dessa feita, certas regras contratuais que em relações jurídicas negociadas seriam admitidas pelo direito, como fruto do debate entre as partes, deixam de sê-lo no contrato de adesão. São as denominadas *cláusulas abusivas*, que tornam o contrato desequilibrado desde o seu nascimento por serem excessivamente gravosas para a parte aderente. Essas cláusulas, em razão do modo de formação da relação jurídica contratual, são aquelas especialmente desfavoráveis à parte aderente, que não foram previamente negociadas, e causam em detrimento da parte desequilíbrio importante entre os direitos e deveres que derivam do contrato. Por conseguinte, o problema resulta da falta de equivalência entre os direitos e deveres atribuídos às partes, com a fratura do dever de boa-fé que se exige dos contratantes.<sup>428</sup>

Afirma Fernando Noronha que as cláusulas abusivas criam situação de desequilíbrio entre as partes ao reduzir unilateralmente as obrigações do predisponente e agravar as do aderente:

[Elas] podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (cláusulas-surpresa). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e as obrigações de uma e outra parte.<sup>429</sup>

Consoante Luis Díez-Picazo, a definição das cláusulas abusivas não é fácil de ser feita, recorrendo-se a duas ideias. Em primeiro lugar, são regras que desviam da boa-fé contratual, entendida como fonte de integração do contrato, ou seja, como fonte de criação de direitos e deveres a cargo das partes. No caso de contratos típicos, que

---

<sup>428</sup> GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.119-120, 2003.

<sup>429</sup> NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.248. Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.127-128. No entanto, ressalta Diogo L. Machado de Melo que não deve ser aceita a invocação da teoria do abuso de direito para a qualificação e controle das cláusulas abusivas, pois "está em causa a determinação limitativa do conteúdo do contrato, não de restrições ao exercício de posições dele derivadas. Não se visa fixar um limite à discricionariedade de atuação do agente dentro de uma relação já eficazmente constituída, mas, antes, traçar limites a respeitar para a sua válida constituição" (MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.154).

possuem regulação prevista em lei, o caráter abusivo poderá ser medido pelo desvio das normas de direito dispositivo, que configuram um modelo de regramento justo.

Em segundo, são as regras que causam desequilíbrio entre os direitos e deveres que se originam do contrato para as partes, em detrimento da parte aderente. Assim, são aquelas que atribuem ao proponente direitos de caráter exorbitante ou introduzem limitações ou restrições injustificadas aos direitos do aderente. Também podem ser configuradas de modo inverso, ao suprimir ou reduzir a responsabilidade do predisponente ou quando aumentam os deveres do aderente.<sup>430</sup>

Como ressalta Joaquim de Souza Ribeiro, o reduzido grau volitivo do consentimento da parte aderente às condições gerais introduzidas pela contraparte, cujo exato alcance em regra desconhece, não tem suficiente força legitimadora de cláusulas que, afastando-se dos padrões de uma equilibrada repartição de direitos e deveres, claramente o prejudicam.<sup>431</sup> O controle de conteúdo do contrato de adesão "representa, pois, dogmaticamente, uma redução da auto-responsabilidade do aderente pelo conteúdo de estipulações que declarou aceitar", em razão de sua menor autodeterminação. A proibição de cláusulas abusivas "constitui uma medida tuteladora dos interesses que o aderente não pode defender através do exercício da autonomia plena".<sup>432</sup>

Dessa feita, podem ser definidas duas formas de controle de validade das cláusulas abusivas na contratação por adesão. Pela primeira, abstrata e preventiva, focam-se nas condições gerais do contrato, no seu *momento organizativo*, enquanto "disciplina uniforme de uma multiplicidade de contratos integrados numa dada operação econômica".<sup>433</sup> Com efeito, para serem validamente aplicadas em contratos concretos, elas sujeitam-se a aprovação ou homologação pelo órgão competente, que poderá ser judicial ou administrativo.<sup>434</sup>

---

<sup>430</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.325.

<sup>431</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.285. (Coleção Teses).

<sup>432</sup> Ibid., p.289.

<sup>433</sup> Id. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.201.

<sup>434</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.180. Conforme o autor, este modelo foi parcialmente adotado em Israel (Lei n.º 5.724 de 1964), sendo que as condições devem ser aprovadas por um Tribunal

Já pela segunda forma, incidental e concreta, analisam-se as condições gerais ou demais cláusulas predispostas unilateralmente no *momento executivo*, como propriamente conteúdo do contrato concreto celebrado por adesão.<sup>435</sup> Trata-se de exigência de um controle substancial sobre o merecimento de tutela do conteúdo do contrato de adesão, rejeitando-se as cláusulas quando manifestamente injustas ou iníquas. Ressalte-se que a segunda via tem sido adotada de modo preferencial pelos ordenamentos jurídicos.<sup>436</sup>

Para o controle dos potenciais abusos praticados pelo predisponente, ao definir unilateralmente o conteúdo do contrato, recorrem-se, tradicionalmente, a via legislativa e a via jurisprudencial. Decerto, são meios complementares de controle incidental e concreto pois, como afirma Miguel Royo Martinez, ainda que exista uma disciplina legal de cláusulas abusivas, é imprescindível a aplicação ao caso concreto por meio das decisões judiciais.<sup>437</sup>

No direito alemão, a jurisprudência, dado o silêncio da legislação, começou a conter os abusos praticados pelo predisponente na definição das condições gerais do contrato.<sup>438</sup> Segundo Sibylle Hofer, o controle das condições gerais teve quatro momentos, com diferentes critérios e fundamentações. No primeiro, que teve início

composto de juízes e funcionários da Administração Pública. Sobre o ponto, v. BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. II) Diritto Comparato e Straniero. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.521.

<sup>435</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.201; GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p.181.

<sup>436</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. II) Diritto Comparato e Straniero. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.519. Segundo o autor, há uma tendência, em diversos países, de excluir o controle nas relações interempresariais, limitando-se a tutela do consumidor. É o caso da Directiva n.º 93/13/CEE de abril de 1993, da União Europeia, sobre cláusulas abusivas, que é voltada exclusivamente à tutela do consumidor.

<sup>437</sup> MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.15.

<sup>438</sup> Os dispositivos citados são do BGB. Cf. HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.591. Uma das primeiras decisões, por volta de 1850, foi tomada pela Corte de Rhenish, que afirmou que as companhias de trem não poderiam excluir sua responsabilidade nas condições gerais do contrato. A atuação progressista dos Tribunais Alemães nas primeiras décadas do século XX, todavia, não foi imune à críticas. Miguel Royo Martinez afirma que se chegou a fundamentar, durante o regime nazista, a possibilidade de controle das condições gerais na existência de abuso da liberdade de contratação com base no princípio da supremacia do bem ou interesse público sobre o particular. (Cf. MARTINEZ, op. cit., p.16).

mesmo antes do BGB, fundava-se no atentado contra os bons costumes, principalmente nos casos de formação de cartéis. Em seguida, já com base no § 138 do BGB, alegavam-se, para afastar a aplicação de cláusulas limitativas da responsabilidade do estipulante, a existência de monopólio de fato e o consequente aproveitamento abusivo com sacrifícios injustos para o tráfego negocial.<sup>439</sup>

No segundo, durante o período do nacional-socialismo, controlavam-se as condições gerais como um limite à própria liberdade contratual, que devia ser restringida em prol dos interesses da comunidade a que se vinculam os interesses do particular.<sup>440</sup> Já no terceiro momento, a partir de 1956, o controle substancial na contratação por adesão passou a fundar-se na boa-fé objetiva, limitando-se a eficácia do acordo contratual somente às cláusulas que foram contratadas de modo equitativo e justo. Buscava-se o controle das condições gerais segundo os critérios de boa-fé e da ideia de justiça, por meio do próprio direito dispositivo, que oferecia ponto de partida para a reconstrução da imagem do mercado e da livre concorrência.<sup>441</sup>

Na última fase, com vigência da *AGB-Gesetz* de 1976, passou a ser regra expressa no direito alemão o controle de merecimento de tutela das condições gerais.<sup>442</sup> Assim, na *AGB-Gesetz*, o § 9 traz uma cláusula geral que permite o controle, com base na boa-fé, de merecimento de tutela do conteúdo das condições gerais, seguido pelos §§ 10 e 11, com duas listas de cláusulas abusivas que já eram reconhecidas pela jurisprudência.<sup>443</sup>

De modo próximo, no direito português, o legislador teve por bem fiscalizar diretamente o conteúdo dos contratos de adesão, expressamente proibindo certos

---

<sup>439</sup> DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.420-1.421.

<sup>440</sup> *Ibid.*, 1.424.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p.1.427-1.429.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p.1.434-1.436. Para o histórico em inglês, cf. DAWSON, John P. Unconscionable coercion: the german version. *Harvard Law Review*, v.89, n.6, p.1103 e seg., Apr. 1976.

<sup>443</sup> Hoje a disciplina consta do BGB §§ 307-309. Voltar-se-á ao tema no capítulo 3, quando se ressaltará que as listas previstas nos §§ 308-309 do BGB (antes, §§ 10 e 11 da *AGB-Gesetz*) são, a princípio, somente aplicáveis às relações com consumidores.

tipos de cláusulas e impondo, conseqüentemente, a sanção de nulidade. Ademais, separou as relações jurídicas interempresariais das relações de consumo, dedicando, a cada uma delas, seção própria. Nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, aplicam-se, além da cláusula geral do art. 16.º, as listas de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas que constam, respectivamente, dos artigos 18.º e 19.º do Decreto-lei n.º 446/85; por sua vez, nas relações com consumidores finais, além destas cláusulas, são igualmente proibidas, de modo absoluto ou apenas relativo, aquelas previstas nos artigos 21.º e 22.º da lei portuguesa, respectivamente.<sup>444</sup>

Como ressalta António Pinto Monteiro, o legislador português teve uma especial sensibilidade para tutela dos interesses dos consumidores, sem reduzir, todavia, a fiscalização das cláusulas contratuais gerais aplicáveis independentemente das partes que titularizam a relação jurídica por adesão. Desse modo, "como o problema é mais geral, a lei não descarta a proteção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito de sua atividade específica".<sup>445</sup>

Por sua vez, o direito brasileiro foi bastante contido na disciplina das cláusulas abusivas, não sendo adotada pela legislação civil a técnica de listagens, salvo nas relações de consumo.<sup>446</sup> Diversamente, foi prevista apenas a cláusula geral no art. 424 do Código Civil, que traz a vedação a "cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio", aplicando-se a pena de nulidade.

Com efeito, a regra, que será objeto de análise detida do próximo capítulo, visa a preservar a própria finalidade econômica do contrato para a parte aderente. Isso porque tem como escopo resguardar os efeitos instrumentalmente necessários

---

<sup>444</sup> Cf. MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.15, jul./set. 2001; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.203.

<sup>445</sup> MONTEIRO, op. cit., p.15.

<sup>446</sup> Art. 51 do CDC. Sobre o tema, ver item 3.5.

à realização dos interesses que correspondem à natureza do contrato. Trata-se de tutela básica do aderente, garantindo à parte que não participou da definição do conteúdo do contrato aqueles direitos cuja presença é imprescindível à persecução do fim contratual.<sup>447</sup>

---

<sup>447</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.104-105.

### 3 A RENÚNCIA ANTECIPADA DO ADERENTE A DIREITO RESULTANTE DA NATUREZA DO NEGÓCIO

#### 3.1 A cláusula geral do art. 424 como controle de merecimento de tutela do conteúdo negocial nos contratos de adesão civis

Como visto, no contrato de adesão, as obrigações contratuais são estabelecidas unilateral e rigidamente por uma das partes, cabendo à outra somente dar aquiescência ao conteúdo proposto como um todo ou recusar em bloco a sua adesão, na máxima "pegar ou largar".<sup>448</sup> Decerto, a parte aderente, por não participar da definição das estipulações, poderá ter dificuldade em fazer valer os seus interesses no momento da execução do contrato. Isso porque existe o risco de que o conteúdo predeterminado possa ser-lhe demasiadamente desvantajoso, havendo desequilíbrio relevante entre os direitos e deveres que derivam para as partes do contrato.<sup>449</sup>

Assim, apesar das reconhecidas vantagens de economicidade e celeridade no uso desta modalidade de contratação,<sup>450</sup> há o evidente perigo da presença de cláusulas abusivas. Serão aquelas que, *impostas* pela parte predisponente, alteram regras de direito dispositivo em prejuízo da parte aderente, tornando-lhe o conteúdo contratual excessiva e desproporcionalmente gravoso. O aderente, muito comumente, toma a decisão de contratar somente com base nos elementos essenciais, como o preço e o objeto da contratação, sem levar em consideração as disposições secundárias. Desse modo, essas cláusulas, em razão do modo de formação da relação jurídica

---

<sup>448</sup> Cf. GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912. p.16; JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.9, 1937.

<sup>449</sup> DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.414.

<sup>450</sup> Sobre o ponto, ver item 1.2.

por adesão, não foram previamente negociadas, sendo que muitas vezes não são nem do conhecimento do aderente e, por isso, lhe são especialmente desfavoráveis.<sup>451</sup>

Em virtude da assimetria de poder negocial encontrada na relação contratual por adesão, exige-se modelo que corrija tal desequilíbrio, imposto por inspiração solidarista. Com efeito, o princípio do equilíbrio contratual incide sobre o programa negocial, funcionando como parâmetro de avaliação da juridicidade de seu conteúdo, mediante a comparação entre as vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes. Esse princípio soma-se ao da boa-fé objetiva, que serve de norte para a definição dos modelos de conduta esperada dos contratantes, não se admitindo que sejam impostas ao aderente, que não participou da formulação do conteúdo contratual, cláusulas escondidas que defraudem o dever de lealdade esperado.<sup>452</sup>

Com efeito, procura-se assegurar situação de equilíbrio entre os direitos e deveres que resultam para as partes na contratação por adesão. Dessa forma, relacionam-se "boa-fé e justiça contratual de tal arte que o comportamento solidário seja o pressuposto necessário para uma contratação justa, que, de seu turno, não compadece com a previsão de um resultado desigual por conta da desigualdade substancial das partes".<sup>453</sup> Deve-se verificar quais são os interesses em jogo em cada operação econômica que merecem proteção, buscando-se preservar a finalidade econômica do contrato.<sup>454</sup> O que se objetiva, por conseguinte, é o controle substancial do conteúdo do contrato de adesão, especialmente quando seja formado pelas condições gerais.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> Cf. GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.119, 2003. Sobre o ponto, ver item 2.6.

<sup>452</sup> NORONHA, Fernando de. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.248.

<sup>453</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.41-42 e 49. Sobre o ponto, ver item 1.6.

<sup>454</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. La buona fede. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Roma: Maggioli Editore, 1984. p.122-123.

<sup>455</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto. II) Diritto Comparato e Straniero. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.519.

Dentro de tal escopo, o Código Civil de 2002 trouxe previsão para o controle de merecimento de tutela do conteúdo negocial nos contratos de adesão: o art. 424, segundo o qual "são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio". Trata-se de dispositivo que especifica regime de tutela do aderente, mas, diferentemente do art. 423 antes visto – que representa primeira tentativa de proteção do aderente no *plano da formação do contrato de adesão* –, o art. 424 configura "mecanismo de proteção do aderente no *plano do conteúdo negocial*".<sup>456</sup>

Com efeito, o contrato de adesão é instrumento típico da economia moderna e, como tal, atende aos interesses de ambas as partes contratantes. No entanto, o estipulante tem a sua natural posição de poder potencializada nesta forma de contratação, mesmo que não se verifique superioridade econômica frente a contraparte e que também seja do interesse da parte aderente usufruir da agilidade e da certeza proporcionadas por este modelo. "Se as vantagens são reconhecidas de lado a lado (ainda que não no mesmo nível), os *riscos* decorrentes da contratação por adesão são suportados quase que em exclusivo pelo aderente," a exigir controle rigoroso não só no momento da formação, mas também na execução desses contratos.<sup>457</sup>

Além disso, como se bem sabe, a tutela do aderente pela Lei Civil não exclui a aplicação da Lei Consumerista, quando haja uma parte vulnerável no mercado de consumo.<sup>458</sup> O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados como diplomas contrastantes, mas devem ser vistos como leis complementares no âmbito da complexidade e unidade axiológica do ordenamento.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.30. Nas relações de consumo, há dispositivo bastante similar, nos incisos I e IV c/c § 1.º do art. 51 do CDC.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>458</sup> Na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo CJF, foi aprovado o Enunciado n.º 172 sobre o art. 424 do CC, segundo o qual: "as cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002".

<sup>459</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.406-407.

O pressuposto para a qualificação da contratação como sendo por adesão é somente de caráter objetivo, qual seja, ser modo de contratar em que um dos contraentes limita-se a aderir às condições prefixadas pela contraparte rigidamente, sem a possibilidade de participar na conformação dos termos contratuais.<sup>460</sup> Por conseguinte, reconhecida a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, o último sujeito será protegido, seja ele consumidor, empresário ou profissional liberal. O que difere, todavia, serão os parâmetros e níveis de proteção, tendo em vista a presença ou não do consumidor.<sup>461</sup>

Ademais, como ressalta Pietro Perlingieri, o exame de merecimento de tutela do conteúdo do contrato de adesão, ainda que formado pelas condições gerais, deve ser sempre conduzido a uma análise do contexto particular do caso concreto, conforme o setor de negócios e o tipo do contratual.<sup>462</sup> Decerto, mesmo que a tutela do aderente não seja limitada às relações contratuais de consumo, o controle de conteúdo do contrato de adesão não consumerista, especialmente nos *b2b contracts*, deve ser sujeito a parâmetros mais flexíveis, dando-se ainda mais relevância às circunstâncias concretas da contratação. Nesse sentido, Hein Koetz e Salvatore Patti:

*In effetti, non è opportuno limitare il potere di controllo del giudice all'ipotesi in cui il contraente pregiudicato dall'onerosità della clausola abbia stipulato il contratto in qualità di consumatore. Il controllo delle condizioni di contratto convenute fra imprenditori deve essere certamente soggetto a criteri più flessibili e l'accento posto sulle circostanze concrete sarà maggiore rispetto alla loro rilevanza nel contratto concluso con il consumatore. Ciononostante, non vi è alcun motivo per sottrarre le clausole nei contratti fra imprenditore a qualsiasi controllo.*<sup>463</sup>

---

<sup>460</sup> Sobre o ponto, ver item 1.3.

<sup>461</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.24. Voltar-se-á ao ponto no item 3.5.

<sup>462</sup> PERLINGIERI, Pietro. Appunti sull'inquadramento della disciplina delle C.D. condizioni generali di contratto. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003. p.298.

<sup>463</sup> KÖTZ, Hein; PATTI, Salvatore. *Diritto Europeo dei contratti*. Tradução de Sabine Buchberger. Milano: Giuffrè, 2006. p.255. Em tradução livre: na verdade, não é adequado limitar o poder de revisão judicial aos casos em que o contratante prejudicado pela excessiva onerosidade da cláusula seja qualificado como consumidor. O controle de conteúdo do contrato celebrado entre empresários

O art. 424 do CC brasileiro funciona como cláusula geral para controle de juridicidade das estipulações na contratação por adesão nas relações civis e tem evidente inspiração no direito alemão e na sua jurisprudência.<sup>464</sup> Como já afirmado, mesmo antes da Lei de Condições Gerais do Contrato, AGB-Gesetz, os tribunais alemães tendiam a adotar posição bastante proativa na proteção da parte aderente, independentemente de sua qualificação como consumidora.

Em muitos casos, consideravam que o contratante encontra-se em posição de grave desvantagem frente a outra parte, e, por conseguinte, não condizente com valores de justiça e de boa-fé. Desse modo, com o objetivo de *fairness control*, reconhece-se a nulidade das condições gerais consideradas injustas, por colocar a parte aderente em posição de desvantagem exagerada, modificando o equilíbrio do contrato ao retirar ou restringir direitos previstos em normas dispositivas, mas que são essenciais a natureza do contrato.<sup>465</sup>

Posteriormente, já com a AGB-Gesetz, nos contratos interempresariais, o controle de conteúdo passa a ser feito pela cláusula geral do § 9.<sup>466</sup> Pela norma, a desvantagem grave e injusta existirá quando, apesar de não ser infringida qualquer norma imperativa, altera-se de modo relevante as regras de direito dispositivo do tipo contratual, de forma que direitos essenciais ou deveres inerentes a natureza do contrato sofram restrição tamanha que afete o alcance pela parte do objetivo

---

certamente deve sujeita-se a critérios mais flexíveis e a relevância das circunstâncias concretas será maior em comparação com o contrato celebrado com consumidores. No entanto, não há nenhuma razão para excluir as cláusulas dos contratos celebrados entre empresários da submissão a qualquer controle. Em sentido próximo, BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente). In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.539-540.

<sup>464</sup> Assim entendem SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Mohr Siebeck, 2009. p.295.  
RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.105.

<sup>465</sup> Cf. MARKESINIS, Basil S. *The German Law of contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. p.131: "even before a specialised statute regulating standard terms was passed [...], the German courts had assumed the power to strike out specific standard terms if they thought them grossly unjust (according to the requirements of good faith in §242 BGB)".

<sup>466</sup> JAYME, Erik. Le condizioni generali di contratto nei rapporti giuridici italo-tedeschi. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.197.

contratual.<sup>467</sup> Registre-se que a disciplina das condições gerais do contrato hoje encontra-se inserida no BGB, reproduzida nos §§ 305-310.<sup>468</sup>

A norma do art. 424 do CC brasileiro também encontra paralelo na Lei portuguesa de Cláusulas Contratuais Gerais,<sup>469</sup> no art. 16.º do Decreto-Lei n.º 446/1985.<sup>470</sup> Segundo o dispositivo legal, deve-se atender à (a) "confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis" e ao (b) "objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado". A regra é expressamente aplicável às relações entre empresários ou entidades equiparadas (art. 17.º).

De acordo com Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, pretende-se reconduzir o conteúdo contratual à tutela da confiança legítima das partes, atentando para a materialidade da regulação jurídica.<sup>471</sup> As cláusulas contratuais gerais, por meio dos tipos contratuais que adotam, demonstram os objetivos que são perseguidos pelas partes. Decerto, tais objetivos devem obter realização prática de forma que "são opostas à boa-fé e, assim, proibidas, as cláusulas que, sem justificação legítima, os contrariem, dificultem ou impeçam".<sup>472</sup>

De modo próximo, afirma Joaquim de Sousa Ribeiro que "do conjunto de vínculos que compõem a complexa relação destacam-se deveres de cujo cumprimento depende tão estreitamente a realização efetiva daquele objetivo que, sem eles, a

---

<sup>467</sup> Cf. ŠULIJA, Gintautas. *Standard contract terms in cross-border business transactions: a comparative study from the perspective of European Union Law*, Studien Zum Europäischen Privat- Und Prozessrecht, Bd. 14. Frankfurt: P. Lang, 2011. p.83. Para o autor, "*thus unfairness in contractual relations can also take place in those cases where, formally speaking, no prohibitions of the code have been breached, but essential contractual rights or duties are unreasonably limited*".

<sup>468</sup> Cf. DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.434-1.436.

<sup>469</sup> Sobre o conceito de cláusulas contratuais gerais, ver item 1.3.

<sup>470</sup> A regra foi originariamente prevista no 17.º do Decreto-Lei n.º 446/1985, mas foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 222 de agosto de 1995.

<sup>471</sup> COSTA, Mário de Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas contratuais gerais*: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1986. p.40.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p.41.

vinculação perde o seu sentido". Com efeito, trata-se de *deveres essenciais*, pelo que não se pode conceber o seu afastamento do conteúdo do contrato.<sup>473</sup>

Ademais, a referência ao "tipo contratual" não deve ser remetida exclusivamente às indicações fornecidas pelo tipo legal, tendo em vista que este modo de contratar é muito utilizado nos contratos atípicos, quando então o intérprete deverá "socorrer-se dos índices de normalidade retirados da *práxis* negocial".<sup>474</sup> O escopo da norma é impedir que, por meio das cláusulas contratuais gerais, "de forma inesperada para o aderente, a contraparte possa introduzir validamente no conteúdo contratual estipulações que ponham em causa, de forma directa ou indirecta, a consecução do objectivo visado com a celebração daquele tipo de contrato".<sup>475</sup>

Apesar de ser posterior ao CC brasileiro, também vale menção ao art. 988 do recém-aprovado Código Civil argentino, pelo qual, nos contratos por adesão, são tidas como não escritas por serem abusivas as cláusulas que (i) desnaturem as obrigações do predisponente; (ii) importem em renúncia ou restrição de direito do aderente ou ampliem os direitos do predisponente que resultem de normas supletivas; e (iii) por seu conteúdo, redação ou apresentação não sejam razoavelmente previsíveis.

Conforme afirmam Rubén Stiglitz e Gabriel Stiglitz, trata-se de cláusula geral, de carácter imperativo, que tem por objetivo o controle de legitimidade direto dos preceitos de autonomia que integram o contrato. Assim, o fundamento da norma legal é a preservação do equilíbrio (sinalagma) e do princípio da boa-fé, com o respeito às regras essenciais que governam o direito dispositivo e à finalidade mesma do contrato tal como as partes tenham objetivado concluí-lo.<sup>476</sup>

---

<sup>473</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade e garantia em cláusulas gerais (Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro). In: *Separata no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - estudos em homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Coimbra, 1992. p.39.

<sup>474</sup> RIBEIRO, loc. cit., nota 61.

<sup>475</sup> Id. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.578. (Colecção Teses).

<sup>476</sup> STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. Condiciones generales y clausulas abusivas en los contratos de consumo, en Argentina - Proyecto de Código Civil e Comercial. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v.4, n.16, p.290-300, dez. 2014.

Retoma-se a interpretação do art. 424 do CC brasileiro. Ainda que não sejam formados em relações de consumo, os contratos de adesão sujeitam-se a regimes mais rígidos de controle do que os demais contratos paritários, tendo especial incidência os princípios do equilíbrio e da boa-fé para a definição de seu conteúdo. A razão, como já enfatizado, verifica-se na disparidade de poder negocial entre os contratantes, que poderá permitir a configuração de uma situação injusta que reclame não reconhecimento da juridicidade de suas cláusulas.

Como cabe ao predisponente elaborar a totalidade do texto contratual, é possível que ele transfira ao aderente todos os riscos do negócio que não lhe interessa assumir. Para impedir que isso ocorra, o art. 424 dispõe que a natureza do contrato deve ser sempre respeitada nesta modalidade de contratar, sendo norma voltada para coibir cláusulas abusivas.<sup>477</sup>

Daí que, no contrato negociado, uma cláusula que implique a renúncia a direito resultante da natureza do contrato será admitida, exatamente por se supor que haja igualdade entre as partes quanto ao seu poder de negociação. Já no contrato de adesão, poderá não ser aceitável a mesma cláusula, se faltar esse poder a uma delas.<sup>478</sup> O que caracteriza a abusividade da cláusula é a ausência de debate paritário acerca de seu conteúdo entre os contratantes e seu consequente caráter impositivo para a parte aderente.<sup>479</sup> Com efeito, é evidente que alguma desigualdade poderá surgir nas relações negociais, como no caso dos contratos gratuitos. A questão é que tal desigualdade precisa ter sido livre e conscientemente aceita pelas partes, em cláusulas "desejadas, realmente ajustadas, entabuladas na exata conformidade, inclusive, com a natureza do contrato que se consuma".<sup>480</sup>

Por conseguinte, o aderente deve ser protegido contra a retirada antecipada, isto é, no momento de formação da relação jurídica, de direitos que desnaturem o

---

<sup>477</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. p.230.

<sup>478</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p.105-106.

<sup>479</sup> BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2000. v.3. p.360-361.

<sup>480</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.51.

contrato. Esses direitos, que são fruto de regras dispositivas ou mesmo dos usos contratuais, tem seu conteúdo variável em cada tipo contratual, como também em cada relação jurídica concreta. Decerto, visam a preservar a própria finalidade econômica do contrato para a parte aderente e devem ser vistos em perspectiva de tutela das legítimas expectativas acerca do conteúdo contratual. É em tal contexto que se deve buscar o significado da expressão "renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio", como se pretende a seguir expor.

### **3.2 A natureza jurídica (estrutura) da renúncia ao direito de crédito. Vicissitude extintiva da relação jurídica. A renúncia antecipada nos contratos de adesão**

O art. 424 do Código Civil comina pena de nulidade a cláusulas, no contrato de adesão, em que o aderente renuncie antecipadamente a direitos que resultam da natureza do negócio. Destarte, verifica-se certa dificuldade na interpretação e aplicação do dispositivo na definição do que seja "renúncia antecipada", tendo em vista que, tradicionalmente, a renúncia ao direito de crédito é considerada vicissitude extintiva da relação obrigacional.

Como se bem sabe, a mecânica das relações jurídicas movimenta-se de forma dinâmica, eis que tem seu momento de nascimento, seguido de fase em que pode sofrer modificações e, inevitavelmente, sua extinção.<sup>481</sup> A relação obrigacional não consiste simplesmente em vínculo estático entre dois sujeitos com objeto avaliável pecuniariamente. Isso porque, uma vez constituída, a obrigação transforma-se em complexo de direitos e deveres, no qual tanto credor quanto devedor podem titularizar situações jurídicas ativas e passivas.<sup>482</sup>

---

<sup>481</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.747.

<sup>482</sup> Sobre o tema da patrimonialidade como atributo da obrigação, cf. KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.265-297.

Assim, a relação obrigacional comporta três fases (*rectius*: vicissitudes): de nascimento, modificações e extinção.<sup>483</sup> À luz do seu caráter dinâmico, a obrigação é encarada como processo dirigido a determinado fim, que é a satisfação do interesse do credor, para o qual é orientada pela boa-fé objetiva.<sup>484</sup> Nas situações jurídicas obrigacionais, a vicissitude extintiva assume especial relevância, na medida em que o atendimento do interesse do credor representa a finalidade precípua da obrigação. Pode-se afirmar que a relação obrigacional já nasce visando ao seu fim, ou seja, almejando o seu cumprimento.

Nesse sentido, a extinção da relação jurídica deve ser definitiva e absoluta, ou seja, "válida para todos" de modo a realmente por fim na relação entabulada. Diversamente, se o ordenamento jurídico considera oportuno, no interesse de algum sujeito ou no interesse público, manter viva a relação jurídica, significa que ela ainda não chegou ao seu fim.<sup>485</sup> Em consequência, a perda de titularidade de certa situação jurídica nem sempre leva a sua extinção, desde que o centro de interesse permaneça em vida, conservando a sua vocação funcional.<sup>486</sup>

A renúncia, por sua vez, é hipótese de extinção da relação jurídica, que pode ser definida como "o ato pelo qual um titular demite de si um direito"<sup>487</sup> ou "o abandono

---

<sup>483</sup> No que se refere aos direitos subjetivos, leciona San Tiago Dantas que eles "nascem, vivem e morrem. [...] Duram um certo tempo e depois se extinguem pelos vários modos em direito conhecidos. Não raro, durante o tempo que medeia entre a sua constituição e a sua extinção, eles se modificam, se transformam, ou quanto ao objeto sobre que recaem, ou quanto à própria natureza de constituição". (Cf. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.203).

<sup>484</sup> Cf. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.63 e segs; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.383-408.

<sup>485</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.757-758.

<sup>486</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Relação jurídica*. Texto gentilmente cedido pelo autor para Grupo de Pesquisa Institucional no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ (no prelo). A aquisição e perda do direito são aspectos complementares do mesmo evento, pois o direito é perdido por um sujeito para ser adquirido por outro. Cf. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del Diritto Civile*. Ristampa della 9.ed. Napoli: Jovene, 2012. p.90; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.469; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.226.

<sup>487</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.208.

voluntário do direito".<sup>488</sup> Na renúncia ao direito de crédito, ocorre a extinção da relação obrigacional em razão não do cumprimento regular da prestação, ou seja, da satisfação do interesse útil do credor, mas o fim da obrigação dá-se por força do ato da parte ao demitir-se de seu direito de crédito, liberando o devedor do cumprimento de sua prestação.<sup>489</sup>

Com efeito, trata-se de ato abdicativo que importa em redução do patrimônio de quem renuncia.<sup>490</sup> E, por isso, conforme já afirmou o Superior Tribunal de Justiça, a manifestação de vontade emitida pelo renunciante há de ser inequívoca, não se admitindo sua presunção.<sup>491</sup> Não obstante não possa ser presumida, a renúncia poderá resultar de manifestações tácitas de vontade desde que sejam unívocas.<sup>492</sup> Portanto, "as hipóteses de renúncia, previstas pontualmente no CC, constituem manifestações do princípio geral de que renúncia tácita, se e quando permitida por disposição legal, deriva, obrigatoriamente, da prática de atos inequívocos".<sup>493</sup>

---

<sup>488</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.470.

<sup>489</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.232. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: relações e situações jurídicas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.124: "o princípio geral da disponibilidade das situações jurídicas implica que, em princípio, ninguém é obrigado a manter uma situação contra a sua vontade". CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Napoli: ESI, 2011. p.141: "*L'effetto Immediato Della Rinunzia È L'estinzione Del Credito: La Liberazione Del Debitore È Solo Una Conseguenza Mediata*".

<sup>490</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994. p.292.

<sup>491</sup> Cf. "[...] 2. A renúncia ao direito é o ato unilateral com que o autor dispõe do direito subjetivo material que afirmara ter, importando a extinção da própria relação de direito material que dava causa à execução forçada, consubstanciando instituto bem mais amplo que a desistência da ação, que opera tão-somente a extinção do processo sem resolução do mérito, permanecendo íntegro o direito material, que poderá ser objeto de nova ação a posteriori. [...] 3. Sob esse enfoque, a renúncia há de ser inequívoca, não se admitindo sua presunção, por isso que, *in casu*, a inércia da recorrente em manifestar-se acerca do valor já levantado, após intimação judicial, não é fundamento para extrair-se a presunção de que houve renúncia a eventual crédito, o que poderá ser requerido a posteriori [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 356.915/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 22/04/2009. Órgão Julgador: Primeira Seção. Publicação: DJe 11/05/2009), destacou-se. Na doutrina, assim já se manifestava BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980. p.282: "a renúncia deve deduzir-se de circunstâncias que a pressupõem claramente".

<sup>492</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.193.

<sup>493</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.233. Cf. CAVALCANTI, João Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.126-130.

No que tange a sua qualificação jurídica, a renúncia ao direito de crédito é considerada como negócio jurídico unilateral, pois independe de aceitação por parte do devedor para produzir seus regulares efeitos.<sup>494</sup> Contudo, como lembra José Paulo Cavalcanti, verifica-se certa dificuldade doutrinária na defesa da natureza unilateral do ato de renúncia quando do exame da *remissão de dívida*, uma vez que esta é tradicionalmente vista como espécie daquela.<sup>495</sup>

Decerto, nas relações obrigacionais, em que o sujeito passivo é determinado, a renúncia deve ser distinguida da remissão de dívida, que, conforme a lei, depende obrigatoriamente da concordância do devedor para a extinção da obrigação.<sup>496</sup> Dessa feita, impõe-se a necessidade de ter-se em conta interesse jurídico merecedor de tutela do devedor, quando então a renúncia ao direito de crédito transmuda-se em remissão de dívida, sendo que, na última, é imprescindível a aquiescência da parte. Tal regra prevista na Lei Civil vai ao encontro do princípio da boa-fé objetiva, pelo qual a relação obrigacional deve ser vista como um *elo de cooperação*.<sup>497</sup>

Como afirma Pietro Perlingieri, a variabilidade da estrutura das relações jurídicas depende da função que devem desempenhar, conforme os interesses em jogo na relação concreta.<sup>498</sup> Por conseguinte, tendo em vista a previsão do art. 385 do CC, estar-se-á diante de uma hipótese de remissão de dívida, com a necessidade de concordância do devedor para a extinção da relação jurídica, se existir interesse juridicamente relevante da parte em participar da estrutura da relação, hipótese em

---

<sup>494</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.470; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.226; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.31. p.72.

<sup>495</sup> CAVALCANTI, João Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958., p.47. Como sintetiza Luiz Edson Fachin, há entendimento no sentido de ser a remissão mero ato de liberalidade ou negócio jurídico, sendo que neste último caso poderá ser unilateral ou bilateral. Para o autor, a remissão seria hipótese de renúncia a direito de crédito, estando indiscutivelmente presente a vontade negocial. (Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p.34).

<sup>496</sup> Art. 385 do CC.

<sup>497</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.2. p.313. Cf. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.33.

<sup>498</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.642.

que haverá negócio jurídico bilateral. Por sua vez, se faltar o interesse, o devedor não deverá participar da estrutura e a remissão será unilateral, podendo ser definida como simples renúncia ao direito de crédito.

Outrossim, o ordenamento jurídico impõe certos limites às situações jurídicas passíveis de abdicação por parte do seu titular, excepcionando-se as normas de ordem pública e os direitos indisponíveis, notadamente aqueles decorrentes de relações familiares e os chamados direitos de personalidade,<sup>499</sup> os quais não podem ser renunciados.<sup>500</sup> Além das situações jurídicas com escopo existencial, há certas situações patrimoniais em que se justifica especial proteção de uma das partes, como nos casos de contratos de adesão regido pelo CC e nos contratos de consumo.<sup>501</sup>

Dessa forma, a norma do art. 424 do CC tem sua atenção voltada para a tutela da parte em momento de fragilidade contratual, fruto da disparidade de poder que existe entre os contratantes e o provável caráter *impositivo* da cláusula de renúncia predeterminada pela contraparte. Enfatize-se que a renúncia é um ato abdicativo, que causa a redução do patrimônio de quem dispõe do direito de crédito. Para ser válida, a manifestação de vontade do renunciante deve ser absolutamente clara, inequívoca e unívoca, o que não facilmente ocorre na contratação por adesão. Isso porque, em razão do dinamismo e da celeridade das trocas comerciais na sociedade de massa, diversas vezes, o aderente não tem pleno conhecimento do conteúdo contratual e do que está a renunciar.

Consoante afirma Araken de Assis, o art. 424 comete, a rigor, impropriedade, pois "somente se renuncia ao que já se adquiriu", tendo em vista que se trata de vicissitude extintiva da relação jurídica obrigacional. Com efeito, "antes de aderir à estipulação rígida e contratar, não se formou o contrato e, por conseguinte, o aderente não adquiriu direito algum; após aderir e contratar, nenhum direito adquiriu, por força de cláusula abusiva". Em tal sentido, o texto do art. 424 ao conjugar a *renúncia* à

---

<sup>499</sup> Art. 11 do CC.

<sup>500</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980. p.283.

<sup>501</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.471: "são irrenunciáveis os direitos públicos, como aqueles direitos que envolvem um interesse de ordem pública, como os de família puros (poder familiar, etc.), os de proteção aos economicamente fracos ou contratualmente vulneráveis (garantias asseguradas ao consumidor, etc.)".

qualidade de *antecipada* está referindo-se a retirada, nas cláusulas predispostas unilateralmente pelo estipulante, de direito que, conforme regra dispositiva do tipo contratual ou a ele aplicável mediante o processo de integração dos negócios jurídicos, seria atribuído ao aderente.<sup>502</sup>

Em definitivo, a renúncia antecipada indesejada pelo legislador e tida como abusiva é aquela feita nas cláusulas predispostas, que são apresentadas ao aderente para sua concordância sem que lhe seja oferecido tempo razoável para estudo ou mesmo possibilidade de alteração. Essas disposições contratuais são especialmente gravosas para a parte por implicar a falta de aquisição de direito ínsito ao tipo contratual, a ele aplicável por analogia nos contratos atípicos, ou ainda fruto de expectativa referente à *práxis* negocial.<sup>503</sup> Em consequência, atribuem ao aderente ônus excessivo, colocando-o em situação concreta de inferioridade frente a contraparte, que, por sua vez, receberá benesse injustificada.

O escopo da norma, portanto, é impedir que, por meio de cláusula cujo conteúdo é predeterminado unilateral e rigidamente pela outra parte, o aderente veja-se despojado de direito inerente ao programa contratual.<sup>504</sup> Tal procedimento torna a relação jurídica negocial concretamente desequilibrada, ao extrair direito da parte aderente sem qualquer contraprestação, e atinge a própria finalidade para qual a parte realizou o contrato, em violação aos ditames da boa-fé objetiva.

Por sua vez, se é inadmissível a renúncia objeto de condições gerais ou demais cláusulas predefinidas na contratação por adesão, à luz do previsto no art. 424, por ser "antecipada", nada impede que a parte abra mão do direito por meio de *cláusulas negociadas*, seja no momento de formação do contrato ou até em momento posterior. Nas relações contratuais civis, em que não há parte vulnerável no mercado de consumo, o que torna a cláusula de renúncia abusiva é somente a falta de negociação, ante seu caráter de "surpresa" e impositivo. De modo diverso,

---

<sup>502</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Organização de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.125-126.

<sup>503</sup> Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade e garantia em cláusulas gerais (Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro). In: *Separata no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - estudos em homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Coimbra, 1992. p.39. Nota 61.

<sup>504</sup> ASSIS, op. cit., p.126.

se a cláusula foi negociada, com evidente conhecimento e concordância dos contratantes consoante os ditames de boa-fé, ela entra na distribuição dos riscos do contrato.<sup>505</sup>

Portanto, mesmo que as relações civis sejam, em regra, paritárias, não há qualquer impedimento a que o legislador reconheça, em determinados momentos, desequilíbrio que justifique a intervenção protetiva de uma das partes. Além da situação do contratante aderente que encontra amparo no art. 424, há outros exemplos na legislação civil. Bastante interessante é a hipótese de proibição ao pacto comissório, consoante o art. 1.428 do CC. Pelo dispositivo legal, é prevista a pena de nulidade para "a cláusula que autoriza o credor pignoratício ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento". O parágrafo único, todavia, permite que o devedor possa dar a coisa em pagamento após o vencimento da dívida.

A cláusula comissória pode ser definida como o pacto, no momento de constituição da garantia real, que estipule a faculdade do credor de apropriar-se do seu objeto caso o devedor não cumpra a obrigação garantida.<sup>506</sup> Conforme Clóvis Beviláqua, a vedação ao pacto comissório funda-se em motivo de ordem ética, de forma que, "o direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória".<sup>507</sup> A

---

<sup>505</sup> Para Araken de Assis, "do ponto de vista material, cláusula negociada é tanto a que discrepa da predisposição, no espírito e no conteúdo, quanto a que, embora coincidente, derive de um acordo específico dos figurantes" (ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Organização de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.127).

<sup>506</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.4. p.332.

<sup>507</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, 5.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v.1. p.1.229. O autor escreve comentário ao art. 765 do Código Civil de 1916, cuja redação é similar ao *caput* do art. 1.428 do CC 2002. Cf. no STJ: "[...] 2. É nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário, se estas não forem adimplidas. Isso porque, neste caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior (1916) [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.076.571/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgamento: 11/03/2014. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 18/03/2014), destacou-se.

*ratio* da vedação legal é evitar que o devedor sinta-se constrangido pelo pacto, seja a obter um novo empréstimo, seja a conseguir uma dilação do prazo de pagamento.<sup>508</sup>

No entanto, consoante o parágrafo único, não configura a situação vedada pela lei a dação em pagamento da coisa que foi objeto da garantia. Por um lado, a norma visa a proteger o devedor de uma situação de disparidade de poder negocial, impedindo o acordo prévio que permita ao credor apropriar-se da coisa. Por outro, para estimular a circulação de bens e serviços, supondo que o risco de cláusula abusiva exista no momento de formação da relação jurídica mas que não persista após a dívida estar vencida, é admitida a dação em pagamento.<sup>509</sup>

Por evidente, trata-se de caso de proteção da parte devedora em momento de fragilidade contratual, situação bastante próxima a do aderente na contratação por adesão civil. No caso do pacto comissório, a diversidade de regimes jurídicos justifica-se tendo em conta que, após o vencimento da dívida, não mais se verificam as razões apontadas, no sentido de que o devedor poderia sentir-se pressionado pelo credor a celebrar o acordo liberatório.<sup>510</sup> De modo semelhante, no contrato de adesão, a parte aderente não poderá renunciar, por meio de cláusulas predispostas rígida e unilateralmente pela outra parte, a direito resultante da natureza do negócio quando da celebração do contrato. Nada impede, porém, a abdicação do direito por disposição negociada, desde que seja feita por regra clara e inequívoca, em cláusula apartada ou em aditivo posterior.

---

<sup>508</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 21.ed. Padova: CEDAM, 1978. p.634. Cf. BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: ESI, 1957. p.85 e segs.

<sup>509</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.3. p.877. Mesmo antes do Código Civil de 2002, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: "[...] sendo nula a cláusula que estabelece o pacto comissório, pode isso proclamar o juiz de ofício, deste modo, não releva que sua existência só haja sido apontada pelo réu após o oferecimento de resposta. *Admissível a dação em pagamento, não o é, entretanto, a promessa de fazê-la, mediante avença no mesmo ato em que contratado o mutuo e constituída a garantia hipotecaria*. A nulidade do pacto não envolve a parte do contrato em que criado aquele ônus real" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 10.952/MG*. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Julgamento: 29/10/1991. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 25/11/1991). Em idêntico sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 41.233/SP*. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Julgamento: 22/03/1994. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 25/04/1994.

<sup>510</sup> RENTERÍA, Pablo Waldemar. *Direito real do penhor e autonomia negocial*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. p.156-157.

### 3.3 O "direito resultante da natureza do negócio". A retirada ou restrição grave de direitos fundados em norma dispositiva do aderente no momento de formação do vínculo contratual

Como visto, o art. 424 do CC funciona como cláusula geral para avaliação de juridicidade do conteúdo das disposições nos contratos de adesão civis e empresariais. Fundamental, então, verificar quais as possibilidades do dispositivo à luz da legalidade constitucional, pois a relação jurídica contratual, ainda que por adesão, deve sempre atender aos valores constitucionais para que se justifique a sua proteção pelo ordenamento.<sup>511</sup>

Em linhas gerais, são irrenunciáveis pela parte aderente, nas cláusulas predispostas unilateralmente pelo estipulante – que lhe são apresentadas de modo rígido e invariável no momento de formação da relação jurídica, isto é "antecipadamente" –, aqueles direitos que desnaturem o contrato. Esses direitos, por sua vez, são fruto de regras do direito dispositivo nos contratos típicos, da interpretação integrativa nos contratos atípicos ou ainda dos usos contratuais,<sup>512</sup> cujo conteúdo será determinado em cada relação jurídica concreta, mas são sempre voltados para a preservação da finalidade econômica do contrato.

Na contratação por adesão, uma das vantagens apontadas pela doutrina é a *especialização do direito dispositivo*. A parte que predispõe o contrato poderá, ao prever o regulamento contratual, afastar normas dispositivas, adaptando-o conforme as práticas e usos em determinado nicho empresarial.<sup>513</sup> O regramento predisposto

---

<sup>511</sup> Cf. PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel Diritto Civile. *Rassegna di Diritto Civile*, v.1, n.31, p.164-201, 2010.

<sup>512</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p.102.

<sup>513</sup> HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.588.

visa a estabelecer direito que melhor corresponda à dinâmica das relações de mercado, com até mesmo a criação de novos tipos contratuais.<sup>514</sup>

No entanto, há contraponto relevante, pois, muito comumente, o aderente não terá plena informação desse regramento específico previsto para contrato, que lhe poderá ser desfavorável. Um dos perigos mais concretos no contrato de adesão é a alteração do direito dispositivo nas cláusulas predispostas, que leve a uma mudança decisiva na economia do contrato, em prejuízo dos interesses da parte aderente.<sup>515</sup>

A ideia de que o aderente nem sempre tem real conhecimento de todo o conteúdo contratual e, por isso, deve ser protegido contra cláusulas abusivas que lhes são impostas pela contraparte é de longo tempo repetida pela doutrina. Segundo Georges Dereux, nos contratos de adesão existem dois tipos de cláusulas. No primeiro grupo, estão aquelas que são essenciais, normalmente manuscritas ou verbais, as quais tiveram a atenção do aderente. No segundo, aquelas acessórias, geralmente impressas, que servem somente para precisar e completar o conteúdo das primeiras.<sup>516</sup>

Assim, as cláusulas acessórias não poderão produzir efeitos contra o aderente se tiverem o alcance de modificar substancialmente as cláusulas essenciais, desnaturando o contrato. Por conseguinte, a boa-fé impede que a parte utilize seu poder de predeterminação das estipulações contratuais para desnaturar a essência do contrato, devendo-se limitar o conteúdo contratual ao que for a real intenção comum das partes.<sup>517</sup>

---

<sup>514</sup> Cf. PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993. p.313; ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.315. Exemplo interessante no direito brasileiro é o caso do contrato de *leasing* (arrendamento mercantil).

<sup>515</sup> Cf. NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p.30: "*la plupart des dispositions légales supplétives qui protègeraient les adhérents sont écartées, sans compter que des nombreuses clauses imprimées dérogent au droit strict, avec efficacité certaine. Toutes ces particularités du contrat d'adhésion suffisent à justifier la recherche de remèdes propres à améliorer le sort de l'adhérent*". Sobre o ponto, ver item 1.2.

<sup>516</sup> DEREUX, Georges. De la nature juridique des 'contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.9, n.3, p.527, 1910.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p.541. Em sentido similar, MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.12; DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951. p.8-9.

De modo próximo, para Todd Rakkof, na contratação por adesão devem ser separados os termos visíveis e os termos invisíveis do contrato, mesmo nos mercados em que haja livre concorrência. Decerto, as cláusulas que foram negociadas pelas partes são sempre consideradas como visíveis, mas também o serão aquelas que, em razão das práticas do mercado, os aderentes já possuem a expectativa de também compor o conteúdo contratual. Como exemplo pragmático, aponta-se a cláusula de preço. Por sua vez, os termos invisíveis serão todas as demais cláusulas predispostas.<sup>518</sup>

Outrossim, afirma Otto Sandrock que o controle das condições gerais do contrato baseia-se na proteção da parte aderente contra "desvantagem irrazoável", tutela esta fundada em duas construções que devem ser somadas. Pela primeira, o direito positivo não cogente deve ser utilizado como padrão de contratação equilibrada. Apesar de serem normas não vinculantes para as partes, elas são pensadas pelo legislador como sistema de regras justas e equitativas que somente poderá ser afastado de forma fundada, quando seja garantida alguma vantagem razoável para a parte que dispõe do direito. Como exemplo, mencionam-se as normas que asseguram ao comprador a qualidade mínima do produto adquirido.<sup>519</sup>

Já a segunda construção fundamenta-se na "doutrina dos tipos": todos os direitos essenciais ou deveres inerentes à natureza do contrato não podem ser substancialmente alterados na contratação por adesão. Exemplificativamente, o transportador não poderá afastar, nas cláusulas predispostas, o seu dever de levar a coisa incólume até o seu destino.<sup>520</sup> Nesse sentido, haverá desvantagem injusta para a parte aderente quando os direitos e deveres fundamentais que derivam da natureza do contrato, sendo fruto das características cardinais de um particular tipo

---

<sup>518</sup> RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.251, Apr. 1983. O próprio autor reconhece, todavia, nem sempre ser fácil fazer a distinção para saber o que era, no caso concreto, visível para o conhecimento da parte aderente (p.1.251-1.252).

<sup>519</sup> Otto SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.563, 1977-1978. No direito brasileiro, há a proteção contra os vícios redibitórios nos arts. 441-446 do CC.

<sup>520</sup> *Ibid.*, p.563-564. Arts. 730 e 734 CC.

(previsto em lei ou não), sejam reduzidos de forma a comprometer a realização da causa do contrato.<sup>521</sup>

Portanto, a expressão prevista no art. 424 do CC começa a ser desvendada. Os "direitos resultantes da natureza do negócio", irrenunciáveis antecipadamente pelo aderente, são aqueles (i) direitos fundados em regras dispositivas ou nos usos contratuais; que (ii) ao serem retirados, por meio de *cláusulas não negociadas impostas unilateral e rigidamente*, causam um desequilíbrio entre os direitos e deveres que resultam do contrato, em prejuízo para a parte aderente; e (iii) cuja ausência desnatura o contrato, tendo em vista que impede a parte prejudicada de alcançar a finalidade econômica para a qual realizou a contratação, ou seja, interferem significativamente na causa do contrato.

Em consequência, como primeiro ponto, entende-se que se trata de renúncia a direito fundado em regra dispositiva ou ainda nos usos da *práxis* negocial, seja referentes ao tipo específico de contrato, seja a ele aplicável por analogia no caso de contrato atípico. Como se bem sabe, nos negócios jurídicos, existe conjunto de disposições legais que o regulam e que compõem a disciplina do tipo contratual. Essas normas podem ser de ordem pública e, assim, *imperativas* para as partes, mas também podem ser *dispositivas*, isto é, adotadas na regulamentação negocial somente se os contratantes não dispuserem em sentido contrário.

As normas dispositivas são aquelas destinadas a suprimir as lacunas do regramento contratual, quando as partes, por qualquer motivo, sejam omissas acerca de pontos relevantes para a execução das obrigações negociais.<sup>522</sup> Dessa forma, o direito dispositivo é um modelo de equilibrado balanceamento dos interesses das partes que concluem o contrato, pois tende a preservar aqueles interesses que usualmente são buscados pelos contratantes em negócios conforme o tipo.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.284.

<sup>522</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p.100.

<sup>523</sup> DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p.1.428-1.429.

Outrossim, como destaca Joaquim de Sousa Ribeiro, o tipo legal funciona como uma moldura abstrata, dentro da qual podem ser formadas composições muito heterogêneas, que correspondem a distintos interesses e finalidades. "Daí que não se deva atender tanto às categorias mais genéricas (a compra e venda, a empreitada, etc.), quanto às subespécies e modalidades em que, por força do seu objeto ou contextos econômico-sociais, elas se deixam decompor".<sup>524</sup> Assim, consoante Álvaro Villaça de Azevedo, o contrato de adesão deve ter seu conteúdo gravado em texto de lei ou, pelo menos, refletir o entendimento coletivo e racional do lugar em que surgir, preservando-se prudente dose de comutatividade para que se evite a superioridade escravizante da parte contratante sobre a outra.<sup>525</sup>

Repita-se, mais uma vez, as regras dos tipos contratuais de caráter dispositivo não são apenas direito supletivo para a ajuda de contratantes omissos ou descuidados, mas funcionam como molde para a justa regulação de um contrato.<sup>526</sup> Nos contratos de adesão, as normas dispositivas ou aquelas referentes aos usos contratuais de dado contexto socioeconômico somente poderão ser afastadas pelas partes, com sua retirada voluntária, quando existir situação de igualdade entre os contratantes, com equivalentes poderes de barganha. Dito de modo diverso, essas normas ganham *imperatividade* e não poderão ser excluídas nas cláusulas predispostas pelo estipulante quando sua ausência leve a desequilíbrio dos interesses das partes no contrato, que impeça o aderente de alcançar a finalidade econômica para a qual realizou a contratação.<sup>527</sup>

---

<sup>524</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade e garantia em cláusulas gerais (Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro). In: *Separata no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - estudos em homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Coimbra, 1992. p.39, nota 61.

<sup>525</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v.84, n.716, p.122, jun. 1995.

<sup>526</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.325. Cf. CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987. p.70-73.

<sup>527</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p.461. (Coleção Teses).

Dessa feita, como segundo ponto, não se trata de vedação, com a aplicação da pena de nulidade, à retirada em cláusula predisposta de qualquer direito do aderente, mas somente daqueles que gerem desequilíbrio injustificado entre os direitos e deveres que são atribuídos às partes. Se as regras dispositivas constituem previsões baseadas em considerações razoáveis feitas pelo legislador, que visam à justa composição dos interesses dos contratantes, elas não podem ser afastadas por imposição de uma das partes do contrato.

Assim, com base no princípio do equilíbrio contratual, deve-se garantir a distribuição equitativa de ônus e riscos nas cláusulas contratuais, de modo a vedar que o predisponente transferira, por decisão unilateral, para o aderente os encargos que não lhe interessa assumir. A ideia de proporcionalidade entre direitos e deveres para as partes fundamenta-se na igualdade (em sua feição substancial) e na solidariedade social, com o escopo de se alcançar a justa proporção no atendimento dos objetivos das partes.<sup>528</sup>

A alteração da distribuição de riscos por meio de cláusulas contratuais, é bastante comum,<sup>529</sup> sendo, todavia, necessário controle de legitimidade com base na boa-fé objetiva.<sup>530</sup> Nos contratos de adesão, a boa-fé soma-se ao princípio do equilíbrio das prestações para permitir o controle de merecimento de tutela de seu conteúdo. Isso porque a assunção de riscos pela parte deve ser sempre cercada de plena informação e transparência, sem a qual poderá ser esvaziado o atendimento dos objetivos perseguidos pelo contratante em cada relação jurídica.<sup>531</sup> Conforme entende Diogo L. Machado de Melo:

---

<sup>528</sup> PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.136-138, out./dez. 2002.

<sup>529</sup> É, inclusive, permitida expressamente pelo art. 393 do CC. Sobre o ponto, ver item 3.6.

<sup>530</sup> Cf. GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.116-117, 2003; SCHREIBER, Anderson. Contrato de distribuição e resolução abusiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.430.

<sup>531</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Organização de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.355.

Sempre que uma das partes do contrato possa, por si própria, derrogar as normas dispositivas, especialmente aquelas que integram a disciplina do respectivo tipo contratual, isso significa que a ela se confere a possibilidade de dar ao seu interesse aspecto e organização diversos do que tenha o legislador, em caráter médio, entendido como equo e racional, de repartir os ônus, riscos, sacrifícios e vantagens contratuais de maneira diversa daquela tida pelo legislador como abstratamente justa; de atribuir ao outro contraente sacrifícios e riscos maiores que aqueles que ao legislador tenha parecido correto acometer-lhe; de atribuir a si próprio lucros e vantagens superiores aqueles que na avaliação do legislador se representariam devidos na hipótese. Isso vale tanto para as relações jurídicas estabelecidas entre fornecedores e consumidores como para as relações comerciais que os fornecedores formalizem entre si [...]. Em ambas as hipóteses se combaterão as situações ofensivas à justiça contratual, de iniquidade e de desvantagem exagerada, resguardadas, todavia, as particularidades de cada tipo de relação jurídica.<sup>532</sup>

Por fim, como terceiro, ponto, deve-se definir o que se entende por *natureza do negócio*. Por evidente, quando a lei civilista refere-se à renúncia a direito resultante da natureza do negócio não pode estar contemplando as cláusulas essenciais, sem as quais não existiria determinado tipo contratual. No entanto, há cláusulas que, embora não sejam essenciais para a caracterização do tipo contratual, todavia lhe são inerentes, podendo-se afirmar que elas resultam da natureza do contrato.<sup>533</sup>

Tal expressão presente no art. 424 é utilizada em diversos dispositivos pelo legislador civil<sup>534</sup> e consiste no conjunto de características essenciais à operação negocial realizada.<sup>535</sup> Consoante Gustavo Tepedino, "natureza do negócio quer significar, portanto, tão-somente a espécie negocial, o tipo de contrato efetivamente celebrado pelas partes".<sup>536</sup> Em outra sede, afirma que, em respeito à natureza do negócio, deve ser reconhecida a necessidade de proceder de modo diverso "na presença de contratos gratuitos e onerosos; tratar de forma distinta as relações

---

<sup>532</sup> MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.165-166.

<sup>533</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p.106. O autor dá como exemplo a repartição de riscos pela entrega da coisa, prevista no art. 492 do CC.

<sup>534</sup> A expressão consta dos arts. 139, I, 413, 424, 427, 473, parágrafo único, e 599 do Código Civil, sendo que, nos dois últimos casos, o legislador optou por "natureza do contrato".

<sup>535</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.56.

<sup>536</sup> *Ibid.*, p.57.

fiduciárias e aquelas que não fincam raízes profundas na confiança entre as partes; reconhecer e fazer valer a diversidade existente entre os contratos comutativos e pactos aleatórios".<sup>537</sup>

Nesse sentido, para saber quais direitos podem resultar da natureza do negócio, é necessário visitar, ainda que sumariamente, os elementos do negócio jurídico. Desde o direito romano, são distinguidas três espécies de elementos dos negócios jurídicos: *essenciais*, que são aqueles fundamentais à validade do negócio jurídico e que interferem em sua causa; *naturais*, que são os que correspondem à índole de cada negócio jurídico e que, embora não expressos, estão subentendidos; podendo, todavia, ser excluídos pelas partes desde que os declarem; e *acidentais*, que são os que não estão implicitamente contidos no negócio jurídico, mas que, se quiserem, as partes podem expressamente apô-los a ele.<sup>538</sup>

Por sua vez, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que os elementos do negócio jurídico podem ser separados em (i) *gerais*, que constituem partes comuns a todos os negócios; (ii) *categoriais*, próprios a cada tipo negocial; e (iii) *particulares*, que existem em determinados negócios sem serem comuns ao tipo.<sup>539</sup> Para o autor, os elementos categoriais são aqueles que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio:

na esteira dos juristas romanos e com base na ideia de *natura* de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e, que, portanto, caracterizam sua essência são os *elementos categoriais essenciais* ou *inderrogáveis*; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastadas pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.31.

<sup>538</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.156. Cf. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994. p.114-116. RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p.89-90.

<sup>539</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negocio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.31-40.

<sup>540</sup> *Ibid.*, p.35.

Decerto, ao prever a nulidade, no contrato de adesão, das cláusulas predispostas que importem em renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, o art. 424 do CC refere-se, fundamentalmente, aos elementos categoriais do negócio, conforme mencionados na classificação de Junqueira de Azevedo. Na contratação por adesão, ante a assimetria de poder negocial que existe entre as partes, os elementos categoriais naturais também se tornam *inderrogáveis*, desde que sua retirada configure situação de desequilíbrio que impeça a parte de alcançar o *justo interesse visado com a contratação*.<sup>541</sup>

Desse modo, no contrato de adesão, não se admite a retirada antecipada – isto é, nas cláusulas predeterminadas – de direitos fundados em regra dispositiva ou advindos da própria *práxis* negocial quando eles atinjam a natureza do negócio, por afetar a própria causa do contrato. Apesar de o dispositivo legal não mencionar expressamente como parâmetro a *finalidade* do contrato tal como em alhures,<sup>542</sup> a renúncia que atinja o cerne mesmo do pacto e impeça a parte de alcançar o escopo contratual, além de tornar o acordo desequilibrado por interferir na justa equação de direitos e deveres atribuídos às partes, ainda fere a causa do contrato e viola o princípio da boa-fé objetiva.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Cf. caso interessante julgado pelo STJ: "[...] Tarifa de liquidação antecipada de operações de crédito. [...] 7. A autorização para livre contratação de garantias e encargos, prevista no art. 28 da Lei n.º 10.931/04, não tem o condão de impedir o *controle finalístico das cláusulas inseridas em contratos de adesão, que deverão manter a razoabilidade em função do justo interesse visado*". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.409.792/DF. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 01/04/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 07/04/2014). Por sua relevância, extrai-se trecho do voto da relatora: "outrossim, ainda que se cogitasse do afastamento da incidência do CDC à hipótese dos autos, remanesceria a proteção garantida ao contratante aderente pelo Código Civil de 2002. *Isso porque é da essência do negócio bancário a constante intermediação financeira e constante fluxo de concessão e captação de dinheiro, de forma que não há como se visualizar fundamento algum para o desinteresse da instituição financeira na liquidação da operação passiva, em que se coloca a disposição da instituição os valores para novas transações e lucros. 19. Assim, tem plena aplicação o art. 424 do CC/02, segundo o qual são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, in casu, à liquidação sem ônus adicional do financiamento contratado. Tratando-se, pois, de contrato de adesão, impõe-se a conclusão pela abusividade, decorrente da desproporcionalidade e, portanto, pelo afastamento da cláusula em que se estipula a cobrança de tarifa por liquidação antecipada de empréstimos e financiamentos bancários*", destacou-se.

<sup>542</sup> Art. 413 do CC.

<sup>543</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.31-32. Cf. "[...] 4. Apesar de não se aplicar à espécie a disciplina alusiva à proteção consumerista, verifica-se que entabularam as partes típico contrato de adesão, no qual as cláusulas foram previamente

Com efeito, a noção de finalidade, presente na ideia de *causa* do contrato, é a finalidade econômica a que as partes, por meio de determinado contrato, pretendem atingir.<sup>544</sup> Para Maria Celina Bodin de Moraes, a causa tem a função de desvendar a natureza jurídica do ato negocial. Dessa forma, é por intermédio de sua análise que são individualizados os elementos essenciais a determinado tipo contratual, o que permite a investigação de sua presença ou ausência no regramento concreto.<sup>545</sup> A principal utilidade da análise do elemento causal do negócio jurídico encontra-se como meio de recusa à proteção jurídica de negócios jurídicos (e, acrescenta-se, às cláusulas contratuais) que não encontrem justificativa no ordenamento que lhe garanta juridicidade.<sup>546</sup>

Conforme Carlos Nelson Konder, deve-se ressaltar que a causa do contrato objetivamente verificada "não pode desprezar o papel que desempenha o escopo prático perseguido pelas partes no sentido de identificar o negócio concreto em exame – em comparação com a tipicidade abstrata do ordenamento".<sup>547</sup> Como função econômico-individual do contrato, a causa expressa o valor que as partes atribuíram à operação negocial em sua totalidade, considerada em sua concreta manifestação.<sup>548</sup>

---

estabelecidas pela operadora de cartão de crédito ré, tratando-se de serviço de incremento prestado por pouquíssimas sociedades empresárias e contratado por sem número de vendedores que atuam no varejo, como é o caso dos autores. *Tal digressão revela-se necessária para que possamos verificar qual é a real expectativa dos contratantes na conclusão e na execução do "contrato de afiliação ao sistema visanet" em face dos princípios da probidade e da boa-fé, conforme prescreve o artigo 422 do CC/2002. [...] 5. O direito ao auferimento dos valores que se referem às operações de compra por meio do cartão de crédito, por óbvio, refere-se à natureza do negócio pactuado entre a operadora de cartão de crédito e o estabelecimento, sendo nulas tais disposições quando impossibilitem, nos termos da boa-fé, a satisfação das expectativas de uma das partes"* (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap.Cív. 0757283-21.2006.8.13.0024*. Relator: Desembargador Cesar Felipe Cury. Julgamento: 24/07/2012. Publicação: DJ 15/10/2012), destacou-se.

<sup>544</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.56.

<sup>545</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.292-293.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p.297.

<sup>547</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato X função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.43, p.47, jul./set. 2010.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p.52. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 1997. p.370: "*allo scopo di evitare l'identificazione con il tipo contrattuale e qualsiasi 'funzionalizzazione' alla realizzazione dei valori dell'ordenamento, si è preferito ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all'operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale considerata nel suo concreto atteggiarsi assume per le parti*".

Em consequência, "as peculiaridades do contrato concreto tornam-se determinantes na medida em que interferem na função concreta que o contrato visa a desempenhar", o que permite a qualificação do negócio jurídico.<sup>549</sup>

O exame de juridicidade de cada cláusula contratual não pode considerada *per se*, mas sim no contexto específico de cada relação jurídica.<sup>550</sup> Segundo Pietro Perlingieri, "não basta que o ato seja lícito, é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.)".<sup>551</sup>

Nesse sentido, em visão funcional, conforme Joaquim de Sousa Ribeiro, o "contrato não pode deixar de desencadear os efeitos instrumentalmente necessários à realização dos interesses que correspondem a sua natureza". Tratam-se de "efeitos essenciais, pelo que os direitos e deveres neles compreendidos fazem parte do núcleo intangível da estrutura negocial". Isso porque, ao celebrar determinado contrato, o predisponente não poderá libertar-se de deveres próprios e sonegar à contraparte direitos cuja presença é indispensável à prossecução do fim contratual.<sup>552</sup> Dessa feita, a boa-fé destina-se à preservação do conteúdo econômico do negócio e traduz-se em princípio que exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração condicionados pela finalidade econômica do negócio celebrado.<sup>553</sup>

Para elucidar o conteúdo exposto, apresentam-se dois exemplos. No primeiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, discute-se a validade de cláusula inserida em contrato de adesão que regula a locação de espaço-loja em *shopping center*, pela qual se isenta a administradora de responsabilidade por danos causados aos

---

<sup>549</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2009. p.148.

<sup>550</sup> BIANCA, C. Massimo. Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente). In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.540.

<sup>551</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.370.

<sup>552</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.104-105.

<sup>553</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.41.

lojistas locatários.<sup>554</sup> No caso, houve a promessa pela administradora aos potenciais lojistas, durante a construção do *shopping*, que algumas lojas-âncoras seriam instaladas no local, de forma a garantir a frequência do público.

Decerto, a promessa da presença das lojas-âncora interfere visivelmente no equilíbrio concreto dos contratos firmados pelos demais lojistas com o administrador ou com o dono do empreendimento.<sup>555</sup> Muito embora seja direito potestativo do empreendedor a composição do *tenant mix* na definição da distribuição dos espaços internos do centro de compras, tal direito sujeita-se, evidentemente, aos limites do abuso do direito e do ato ilícito, conforme o caso.<sup>556</sup> Na hipótese concreta, considerou a Terceira Turma do STJ, por maioria, mantendo a decisão da Corte Estadual, que a referida cláusula inserida em contrato de adesão seria abusiva por retirar do lojista o direito à justa indenização pela frustração de promessa efetivamente feita pelo locador.

Com efeito, entendeu o Tribunal que a autonomia negocial das partes não impede que, no caso concreto, possa haver elementos que limitem essa liberdade. Concluiu-se que o instrumento contratual era de adesão e a aceitação pela parte locatária da cláusula excludente de responsabilidade não pode ser considerada válida por existir abuso pelo locador de sua posição de superioridade negocial. Ainda que fora de relação consumerista, a conduta do predisponente consubstancia promessa de fato de terceiro, cujo inadimplemento justifica a rescisão do contrato, notadamente por tal promessa assumir a condição de causa determinante e não comprovada a comunicação aos lojistas sobre a desistência. Em consequência, reconheceu-se o

---

<sup>554</sup> O contrato de cessão de espaço em *shopping center* é, em regra, formado por adesão. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v.32, n.116, p.114-115, jul. 2012.

<sup>555</sup> Cf. "*Shopping Center. Contrato de reserva. Res sperata. Exceção de contrato não cumprido. O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no "contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no 'tenant mix' do centro comercial se o empreendedor descumprir com a sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista.* Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 152.497/SP*. Relator: Ministro Ruy Rosado De Aguiar. Julgamento: 15/08/2002. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 30/09/2002, p.263).

<sup>556</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.170, nota 10.

descumprimento de dever assumido pelo locador, que era determinante para a decisão de investimento dos lojistas.<sup>557</sup>

No segundo caso, também julgado pelo STJ, analisa-se juridicidade de cláusula, também em contrato de locação de *shopping center*, que prevê a renúncia parcial ao direito de revisão do aluguel mínimo. Diferentemente da hipótese antes aventada, considerou o Tribunal Superior que, embora a contratação seja padronizada, as partes contratantes encontravam-se em situação de igualdade na estipulação da referida cláusula, não havendo qualquer desequilíbrio. Com efeito, a Terceira Turma afirmou, à unanimidade, que "as partes que assinaram a avença, de um lado o lojista locador e do outro o locatário proprietário de imóveis em *shopping center*, detêm a experiência necessária para avaliar previamente as condições estabelecidas no contrato celebrado".<sup>558</sup> Se não há disparidade de poder negocial, a renúncia a direito disponível, de forma inequívoca, não impede que a parte aderente alcance o escopo econômico do contrato.

---

<sup>557</sup> "1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista. 2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento. 3. Recurso especial conhecido e improvido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.259.210/RJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relator p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 26/06/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 07/08/2012), destacou-se.

<sup>558</sup> Trecho retirado do voto do Relator. Cf. "[...] 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center. 6. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.413.818/DF. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 14/10/2014. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 21/10/2014), destacou-se.

O *shopping center* é realidade pertinente à mercancia moderna e as particularidades existentes em sua estrutura levaram ao aparecimento de determinadas cláusulas nos contratos bastante específicas, totalmente distantes do mundo ordinário do direito do inquilinato.<sup>559</sup> Tratam-se de regras contratuais incorporadas à *práxis* negocial decorrente da relação jurídica que se forma entre lojista e empreendedor e que são voltadas para o funcionamento da mecânica dos centros de compras e, por isso, afirma-se a maior autonomia na elaboração dessas estipulações negociais.<sup>560</sup> Ressalte-se que a renúncia, no âmbito da relação contratual, especialmente nos contratos interempresariais, poderá ser relacionada à área de *expertise* da parte aderente e até vir a ser *onerosa*, no sentido de haver contrapartida patrimonial para o renunciante.<sup>561</sup>

Para a aplicação do art. 424, deve-se examinar, até que ponto, trata-se de verdadeiro ato abdicativo imposto unilateralmente pelo predisponente, em razão de assimetria de poder negocial existente entre as partes. Se não houver tal disparidade de poder, não existirá desequilíbrio desproporcional entre direitos e deveres que resultam para as partes. Repita-se: as relações contratuais civis são, em regra, paritárias. Por conseguinte, a cláusula de renúncia será abusiva se for impositiva por a faltar a negociação entre as partes. Caso diverso, ela entra na distribuição dos riscos do contrato.<sup>562</sup>

Além disso, apesar de o art. 424 do CC prever a sanção de nulidade somente para o caso de *renúncia*, isto é, a abdicação completa do direito nas cláusulas predispostas, também será viável controle do merecimento de tutela de disposição contratual que, ainda que não leve à extinção direito do aderente, restrinja-o de forma a tornar a avença desequilibrada em prejuízo da parte. Decerto, o desequilíbrio entre os direitos e deveres que são atribuídos aos contratantes, fruto da assimetria

---

<sup>559</sup> Para uma descrição detalhada das referidas cláusulas e seus questionamentos de validade., v. BASÍLIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.113-146.

<sup>560</sup> O art. 54 da Lei n.º 8.245/91 expressamente prevê que devem prevalecer "as disposições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos". Cf. LIRA, Ricardo-César Pereira. Breves notas sobre o negócio jurídico 'shopping center'. *Revista Forense*, v.93, n.337, p.397-400, 1997.

<sup>561</sup> DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941. p.279-280.

<sup>562</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Organização de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5. t.1-2. p.318-319. Voltar-se-á ao ponto no item 3.6.

de poder negocial existente, nem sempre será causado pela retirada total de direito que caberia ao aderente nas estipulações predispostas.

Araken de Assis menciona o seguinte exemplo: "o estipulante contempla uma cláusula penal irrelevante para o descumprimento de prestação que lhe incumbe e, em contrapartida, outorga valor máximo à pena que recairá sobre o aderente na mesma situação". Mesmo que não se configure propriamente renúncia na hipótese aventada, o tratamento privilegiado do predisponente não encontra justificativa para ser tutelado pelo ordenamento.<sup>563</sup>

Na caso, tem incidência o art. 413 do CC, pelo qual a penalidade contratual poderá ser reduzida pelo juiz, além da situação de cumprimento parcial da obrigação, se o montante "for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio". Tal dispositivo, cuja interpretação é, por razões de sistematicidade e unidade do ordenamento, similar ao art. 424, autoriza a redução proporcional de validade da cláusula,<sup>564</sup> buscando-se ainda coibir o enriquecimento sem causa.<sup>565</sup>

---

<sup>563</sup> ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Organização de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.121. Em sentido próximo, v. MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.158. Cf. "A existência de multa contratual não afasta o direito de rescisão do pacto, fundada na inadimplência de um dos contratantes, pois a parte lesada pelo inadimplemento tem o direito de pedir a resolução do contrato (art. 475, CCB). *É nula a disposição contida em contrato de adesão que estipula a renúncia antecipada dos aderentes ao direito de restituição integral dos valores pagos, mesmo no caso de inadimplemento da obrigação de entrega do imóvel no prazo ajustado (art. 424 CCB e 51, IV, §1.º, I, II e III, CDC) [...]*" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap.Cív. 1375115-47.2008.8.13.0024. Relator: Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgamento: 11/02/2010. Publicação: DJe 05/03/2010), destacou-se.

<sup>564</sup> Cf. no STJ: "[...] 1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. [...] 5. *Sob a vigência do Código Civil de 1916, era facultado ao magistrado reduzir a cláusula penal caso o adimplemento da obrigação fosse tão somente parcial, ao passo que no vigente Código de 2002 se estipulou ser dever do juiz reduzir a cláusula penal, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, afastando-se definitivamente o princípio da imutabilidade da cláusula penal. A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto*" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.186.789/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 13/05/2014), destacou-se.

<sup>565</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.61. Cf. no STJ: "[...] 1. O Tribunal a quo, ao decidir acerca da redução do percentual da multa rescisória aplicada, com base no art. 413 do Código Civil, consignou que esta se mostrava excessiva, injusta e incompatível com o descumprimento do contrato".

### 3.4 A aplicação da pena de nulidade. A redução conservadora da validade do negócio jurídico. A interpretação restritiva da renúncia (quando válida)

O art. 424 do Código Civil prevê a aplicação da pena de nulidade, no contrato de adesão, às cláusulas predispostas pelas quais o aderente abdique de direito relacionado à natureza do contrato. Segundo San Tiago Dantas, o que há de comum em toda a teoria das nulidades é a ineficácia do negócio jurídico.<sup>566</sup> Conforme Valle Ferreira, a nulidade nasce da violação à lei, de maneira que se deve concluir pelo seu caráter meramente negativo, no sentido da não produção de efeitos pelos atos jurídicos, uma vez que o direito não reconhece nem protege comportamento contrário à norma estabelecida.<sup>567</sup>

Afirma Valle Ferreira que a ineficácia, todavia, poderá ser relativizada quando o legislador, empenhado na composição dos interesses das pessoas, reduz as consequências que advém da nulidade do ato "para, por motivo de utilidade prática, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos energética, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada". Em consequência, no plano do

---

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 441.146/MG*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 11/03/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 17/03/2014). Por sua relevância, extrai-se trecho do voto do relator: "Deste modo, verifico que a multa rescisória devida a título de cláusula penal não reflete uma penalidade justa e compatível com o descumprimento do contrato, eis que não pode ela servir para enriquecer de forma injustificada o seu beneficiário, o que é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Revelando-se excessiva e, assim, uma sanção injusta e incompatível com o descumprimento do contrato a multa rescisória devida a título de cláusula penal, autorizado está o magistrado, com base no art. 413 do CC/02, a reduzir equitativamente o seu valor", destacou-se.

<sup>566</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.278. São hipóteses nas quais "a vontade é ineficaz, em que o efeito querido não se produz, em que o ato jurídico, por conseguinte, não existe, não se forma ou, depois de formado, se dissolve sem que os efeitos queridos ou manifestados pela parte cheguem a ser realizados".

<sup>567</sup> FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v.14, n.3 (nova fase), p.30, out. 1963. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980. p.257, para quem a nulidade "é a declaração legal de que a determinados atos jurídicos se não prendem os efeitos ordinariamente produzidos pelos atos semelhantes".

direito positivo, foi criada a divisão: atos nulos e anuláveis ou nulidade absoluta e relativa.<sup>568</sup>

Dessa feita, será nulo (ou cominado com a pena de nulidade absoluta) "o negócio, quando, em razão de defeito grave que o atinge, não puder produzir o efeito almejado", sendo "a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal".<sup>569</sup> Por sua vez, será anulável (ou cominado com a pena de nulidade relativa) o ato "imperfeito, mas não tão grave nem profundamente defeituoso, [...] razão pela qual a lei oferece ao interessado a alternativa de pleitear a obtenção da sua ineficácia, ou deixar que os seus efeitos decorram normalmente, como se não houvesse irregularidade".<sup>570</sup>

Mais recentemente, verifica-se mudança de postura em relação às patologias negociais, para cuja solução é voltada a teoria das nulidades. Com efeito, da contraposição nítida entre as figuras de nulidade e anulabilidade, passou-se a atribuir maior relevância às situações subjetivas concretas em cada relação jurídica. Se os interesses deduzidos no contrato ou a ele coligado são diversos, as patologias contratuais também serão variáveis, como igualmente os "remédios" que devem conformar-se a tais interesses.<sup>571</sup> Por conseguinte, "a composição concreta de

---

<sup>568</sup> FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v.14, n.3 (nova fase), p.29-38, out. 1963. p.30.

<sup>569</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.632. As hipóteses de nulidade estão previstas nos arts. 166 e 167, além de outras previsões esparsas, como o próprio art. 424, todos do Código Civil.

<sup>570</sup> *Ibid.*, p.639-640. Além de outros casos previstos em lei, são anuláveis os negócios jurídicos conforme o art. 171 do CC.

<sup>571</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.373-374. Sobre o ponto, cf. SOUSA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.370-371: "caminha-se cada vez mais para a possibilidade da escolha, pelo julgador, dos efeitos do reconhecimento judicial da invalidade, afastando-se, de um lado, a noção de vícios de 'pleno direito' (ao se reconhecer que as invalidade necessariamente exigem a declaração judicial, não operando automaticamente) e, de outra parte, a crença na retroatividade ou irretroatividade *tout court* de provimentos judiciais (noções substituídas, na prática, pela modulação de efeitos à luz do caso concreto)".

interesses exige, também sob o perfil patológico, uma disciplina que se deduz não da mera recondução ao tipo, mas da peculiaridade do caso".<sup>572</sup>

Mesmo quando a lei comina a sanção de nulidade (absoluta), nem sempre será do interesse da parte prejudicada – no caso, do aderente – a retirada da cláusula ou mesmo o fim da relação contratual. O Código Civil determina que a invalidade parcial do negócio jurídico não prejudique a sua parte válida, em sendo separável,<sup>573</sup> com o objetivo de assegurar às partes a realização da função econômica do contrato. Trata-se do instituto da *redução*, que importa em limitação interpretativa do negócio.<sup>574</sup> Consoante Clóvis Beviláqua, "é princípio de direito que o útil não se vicia com o inútil". Se a parte do ato não é elemento substancial dele, podendo ser retirada sem prejuízo nem alteração do todo, não o contaminará e poderá ser afastada.<sup>575</sup>

Desse modo, o direito deve caminhar no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, no quanto seja possível, buscando-se preservar a finalidade econômica almejada com a contratação.<sup>576</sup> Nesse contexto, superada a ideia de que o negócio jurídico consubstancia somente em ato de vontade, a manutenção do negócio liga-se a sua real necessidade e concreta utilidade para as partes.<sup>577</sup>

Pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, parte-se do pressuposto de que pode não ser o melhor interesse do prejudicado a supressão do contrato (o que, ademais, nos contratos de adesão, é faticamente inviável quando houver necessidade

---

<sup>572</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.375.

<sup>573</sup> Art. 184 do CC e § 2.º do art. 51 do CDC.

<sup>574</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.333-334.

<sup>575</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, 5.ª tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v.1. p.420. O autor comenta o art. 153 do CC 1916. Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.449-450.

<sup>576</sup> MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.309-343. p.338-339.

<sup>577</sup> CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.375.

de contratar).<sup>578</sup> Em consequência, justifica-se a preservação da atividade negocial para a consecução do fim prático perseguido pelos envolvidos.<sup>579</sup>

Para Antônio Junqueira de Azevedo, o princípio da conservação é orientação comum aos diversos institutos da teoria das nulidades, em razão do qual, sempre que possível, devem o legislador e o juiz evitar que deixem de se produzir os efeitos do negócio realizado, preservando-se aqueles manifestados como queridos pelas partes.<sup>580</sup> Em outra sede, afirma o autor

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. [...] A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria de negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto que somente em cada negócio concreto é que adquire existência e categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. [...] O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto.<sup>581</sup>

Conforme Teresa Negreiros, trata-se de princípio que atua como emanção e exigência da ordem pública econômica e social e não se limita a excluir determinados

---

<sup>578</sup> MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949. p.13: "*en los contratos de adhesión ha de partirse, pues, de un principio al que Lorenzo Mossa ha llamado 'principio de la persistencia del contrato', es decir, ha de ser corregido el abuso sin romper el vínculo contractual*". Sobre necessidade de contratar, ver itens 1.2 e 2.3.

<sup>579</sup> MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.162-163.

<sup>580</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.126-147. p.127.

<sup>581</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.66-67. Cf. no STJ: "[...] 1.- A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade. 2.- O Código Civil vigente não apenas traz uma série de regras legais inspiradas no princípio da conservação dos atos jurídicos, como ainda estabelece, cláusula geral celebrando essa mesma orientação (artigo 184) que, por sinal, já existia desde o Código anterior (artigo 153)" [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.106.625/PR*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 16/08/2011. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 09/09/2011), destacou-se.

atos do mundo jurídico. É incompatível com a concepção tradicional da autonomia privada, pois, intervencionista, defende a conformação do conteúdo do contrato aos seus objetivos e assegura a sua manutenção em novos termos. Isso porque "parte do pressuposto de que o interesse da parte lesada não se satisfaz com a supressão do contrato, mas com a introdução nele de adaptações que o tornem justo e equilibrado".<sup>582</sup>

Portanto, a redução conservadora da validade, com o reconhecimento da invalidade parcial do contrato, objetiva a evitar as consequências negativas que a aplicação da pena de nulidade total teria para o aderente, quando ele é precisamente o sujeito para cuja proteção volta-se a norma que prevê a nulidade de cláusula abusiva no contrato de adesão (art. 424 do CC). Ao cancelar a eficácia do negócio, priva-se o aderente não só dos seus inconvenientes, mas também de suas vantagens e, por isso, o risco de perder o contrato com a invalidade de uma cláusula poderia ser visto como incentivo a parte a não solicitá-la em juízo.<sup>583</sup> Dessa feita, a nulidade parcial prevalece toda vez que, conforme os valores do ordenamento, o contratante em posição de fragilidade tenha resguardado, ao menos em parte, o resultado almejado.<sup>584</sup>

Outrossim, ainda quando a cláusula predisposta, que preveja a retirada de algum direito do aderente, seja válida e mereça ser mantida por existir interesse jurídico relevante a ser preservado, determina a lei civil que ela seja interpretada de forma estrita.<sup>585</sup> Conforme a melhor doutrina, "a interpretação restritiva requer do intérprete um comportamento limitado estritamente ao que dispõe os atos e negócios jurídicos em tela, de modo que somente o teor do que está efetivamente disposto poderá traduzir-se em efeitos jurídicos".<sup>586</sup>

---

<sup>582</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.186-187, nota 305.

<sup>583</sup> ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas, 1991. p.341-343.

<sup>584</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.374.

<sup>585</sup> Art. 114 do CC.

<sup>586</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.232.

A necessidade de interpretação estrita do direito que foi abdicado pela parte não se confunde com a interpretação exclusivamente presa à literalidade dos termos do contrato. Decerto, o significado de determinado preceito contratual somente poderá ser extraído em conjunto com as demais cláusulas contratuais, não sendo exaustivo em si mesmo. Além disso, o conteúdo contratual deve ser especificado em conformidade com todas as regras jurídicas aplicáveis e também com o que dispõe a tábua de valores em que se funda o ordenamento.<sup>587</sup>

Nesse sentido, interpretação e qualificação do contrato não podem ser vistas como operações diversas quanto ao seu objeto e distantes quanto ao seu momento de efetivação. Consoante Carlos Nelson Konder, "o contrato, como realidade simultaneamente social e jurídica, deve ser interpretado à luz dos princípios do ordenamento, o que significa imiscuir-se na esfera da qualificação".<sup>588</sup> No caso de cláusula contratual que estipule a renúncia ao direito pela parte, "a qualificação do contrato como benéfico condicionará a forma de sua interpretação, a qual não pode, conseqüentemente, configurar-lhe um antecedentemente lógico".<sup>589</sup> Tal avaliação deverá determinar não só se o ato é merecedor de juridicidade, como também, caso positivo, como será a tutela em termos de normativa aplicável.<sup>590</sup>

Por conseguinte, se, apesar da existência de "patologia", a relação jurídica contratual for merecedora de juridicidade e deva ser preservada, ainda assim a renúncia precisa ser interpretada restritivamente, em decorrência dos ditames da boa-fé, no sentido de somente se considerar abdicado o direito que foi retirado de forma clara e inequívoca pelo aderente.<sup>591</sup> Como antes afirmado, a renúncia é ato

---

<sup>587</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.620, para quem "a interpretação sistemática e axiológica representa a superação histórica e cultural da interpretação literal".

<sup>588</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2009. p.121-122.

<sup>589</sup> *Ibid.*, p.122.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p.123. Cf. PERLINGIERI, Pietro. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2003. p.5-11. p.5-11.

<sup>591</sup> Cf. MOTA, Mauricio. O negócio jurídico no Código Civil. In: *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p.81-141. p.90.

pelo qual a parte abre mão de direito, o que causa a redução de seu patrimônio e o consequente aumento daquele de sua contraparte, jamais podendo ser presumida.<sup>592</sup>

Conforme Erich Danz, no caso de negócios jurídicos gratuitos (ou de cláusulas predispostas abdicativas de direito, acrescenta-se), não se pode aplicar a regra de que a declaração deve ser interpretada em prejuízo da pessoa que a emite; aqui, ao contrário vigora a regra geral de que o contrato interpreta-se contra o beneficiário. Isso porque vai de encontro aos ditames da boa-fé, "contrariando o comportamento correcto que esta exige, o facto de quem obtêm de outrem, gratuitamente, um benefício patrimonial, explorar em seu proveito a promessa literal da outra parte, pretendendo obter mais do que aquilo que, indubitavelmente, se lhe promete".<sup>593</sup>

Ressalte-se, todavia, a imprescindibilidade de análise da situação fática que compõe o caso concreto. Como sustenta José Paulo Cavalcanti, se a renúncia não pode ser presumida, poderá ser efetuada por intermédio de declaração tácita de vontade, quando, sem qualquer manifestação expressa, a parte expõe inequivocamente a sua vontade abdicativa. Assim, "se não é possível ampliar, também não se deve restringir o alcance da renúncia: os limites da abdicção devem ser fixados exatamente conforme resulte do exame, sem prejuízos, do ato abdicativo".<sup>594</sup>

É necessário, portanto, verificar com cuidado até que ponto houve a renúncia ao direito pelo aderente.<sup>595</sup> Tal lógica deve ser aplicada a todos os casos de renúncia, como na hipótese prevista no art. 35 da Lei de Locações Prediais Urbanas (Lei Federal n.º 8.245 de outubro de 1991). Segundo o dispositivo legal, são indenizáveis "as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas", permitindo-se

---

<sup>592</sup> Sobre o ponto, ver item 3.2.

<sup>593</sup> DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941. p.269.

<sup>594</sup> CAVALCANTI, João Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.129-130.

<sup>595</sup> Exemplo interessante de interpretação restritiva é analisado por Erich Danz: "o demandado reclama do demandante a devolução de várias bicicletas pertencentes a um carrossel, que lhe entregou para serem consertadas e o demandante exige que lhes sejam pagos os gastos da reparação antes de entregá-las. O demandado, que afirmou que o demandante lhe deve uma indemnização pelos danos resultantes do atraso em entrega anteriores, nega-se a princípio, mas por fim concorda em pagar. Trata-se aqui só de uma renúncia ao direito de retenção, não ao direito de fazer valer a acção de indemnização por danos. No facto de aceitar a prestação principal não deve ver-se uma renúncia ao efeitos da mora". (Cf. DANZ, op. cit., p.279, nota 1).

ainda o direito de retenção, desde que não haja previsão em contrário pelas partes no contrato de locação.

Apesar de haver entendimento no sentido de ser nula a cláusula que estipule a renúncia pelo aderente-locatário nos contratos de locação celebrados por adesão,<sup>596</sup> afirma o Superior Tribunal de Justiça, em sólida posição, a validade do ato abdicativo da indenização e do direito de retenção.<sup>597</sup> Ainda que válida, se for expressamente acordado somente a renúncia ao direito de retenção, não se pode concluir pela automática exclusão do direito à indenização. Caso não haja previsão expressa que retire tal direito no acordo, se o locatário espontaneamente devolve o bem, isso não significa a abdicação do direito patrimonial, uma vez que a renúncia interpreta-se restritivamente.

### **3.5 A lista de cláusulas abusivas. Possibilidade de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de adesão nas relações civis e empresariais**

Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, o legislador brasileiro não adotou no Código Civil a técnica de listagem de cláusulas abusivas.<sup>598</sup> No âmbito das relações de consumo, por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu art. 51 um extenso e não exaustivo elenco de cláusulas abusivas no fornecimento de produtos e serviços, em que se comina a sanção de nulidade. Em consequência, além da cláusula geral do art. 424 do CC, discute-se a possibilidade de aplicação nas relações por adesão civis e empresariais do rol previsto na Lei Consumerista.

---

<sup>596</sup> Enunciado n.º 433 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: "a cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação predial urbano feito nos moldes do contrato de adesão".

<sup>597</sup> Enunciado n.º 335 da Súmula do STJ: "nos contratos de locação é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção".

<sup>598</sup> Sobre o ponto, ver item 2.6.

Segundo um dos autores do Anteprojeto da Lei Consumerista, Nelson Nery Jr., as normas do CDC configuram instrumentos para reestabelecer o equilíbrio contratual, atendendo às expectativas legítimas do consumidor. Assim, "a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor", em razão da impossibilidade de o aderente-consumidor discutir as bases do contrato, agravada pela sua reconhecida vulnerabilidade no mercado de consumo.<sup>599</sup>

A proteção da parte qualificada como consumidora, fundada em direito fundamental e também no princípio da ordem econômica, possui caráter *instrumental*, tendo em vista a funcionalização dos interesses patrimoniais à tutela da dignidade humana e aos valores existenciais. Dessa feita, tutela-se a pessoa humana em particular situação de inferioridade em face do fornecedor.<sup>600</sup> Apesar de a pessoa jurídica ser considerada expressamente como consumidor pela lei,<sup>601</sup> a sua proteção deverá ser quantitativa e qualitativamente diversa.<sup>602</sup>

Ademais, por haver pluralidade de fontes de direito privado, com possível incidência simultânea, parte da doutrina defende a existência de microsistema de direito do consumidor, ordenado a partir do Código, com princípios próprios que lhe dão consistência teórica e densidade prática.<sup>603</sup> No entanto, a tutela do aderente, seja

---

<sup>599</sup> Cf. Nelson Nery Jr.. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do Anteprojeto. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1. p.535. Para o autor, apesar de "as cláusulas abusivas serem mais frequentes 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 de 'contrato de comum acordo' (*contrat de gré a gré*): é suficiente que seja a *relação jurídica de consumo* para que o negócio receba proteção contra as cláusulas abusivas". Em sentido contrário, LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.157-158.

<sup>600</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.124. Cf. histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal na *ADI 2591 ED*. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 14/12/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 13/04/2007.

<sup>601</sup> Art. 2.º do CDC.

<sup>602</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.40. Sobre a necessidade de tutela qualitativamente diversa da pessoa humana, cf. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.25-62.

<sup>603</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.83, nota 382.

consumidor ou não, deverá seguir o grau de desigualdade que a parte apresenta na concreta relação jurídica em que se insere.<sup>604</sup> Em consequência, adotando-se concepção unitária de ordenamento jurídico, inexistente qualquer colisão valorativa entre o CC e a Lei Consumerista, pois a disciplina protetiva de ambos os diplomas normativos justifica-se e sempre deverá conformar-se aos valores constitucionais.

Nesse sentido, a tutela concedida pelo ordenamento ao aderente na contratação por adesão, seja ele pessoa física ou jurídica, não é exclusivamente direcionada para a proteção da parte vulnerável no mercado de consumo.<sup>605</sup> Diversamente, o CC é voltado para reger as relações paritárias, mesmo que reconheça, em determinados momentos, a existência de uma assimetria de poder negocial que justifique tutela diferenciada da parte. O CC assegura às partes contratantes níveis de proteção compatíveis com sua concreta posição (de maior ou menor inferioridade) nas relações paritárias da vida privada.<sup>606</sup>

Já tendo sido abordado o conceito de consumidor em sentido *stricto*,<sup>607</sup> pretende-se verificar quem será o chamado *consumidor equiparado* do art. 29 do CDC, pelo qual equiparam-se aos consumidores todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas previstas na.<sup>608</sup> Dessa feita, objetiva-se analisar se e quando o aderente civil ou empresário poderá ser visto como parte vulnerável no mercado de consumo, ainda que não seja destinatário final de produto ou serviço.

O ponto de partida da extensão do campo de incidência do CDC é verificação prática de que "muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado",

---

<sup>604</sup> TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.2, n.1, p.v-vi, abr./jun. 2000.

<sup>605</sup> Em sentido contrário, LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD - Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, Lisboa, v.10, p.6.188-6.189, 2012.

<sup>606</sup> TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.406.

<sup>607</sup> Sobre o ponto, ver item 1.4.

<sup>608</sup> Cf. Antônio Herman V. Benjamin. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1. p.271, para quem: "o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço".

ocupando posição de vulnerabilidade. Ainda que não preencham as características do consumidor em seu sentido próprio, a sua similar situação de vulnerável no mercado de consumo sensibiliza o legislador.<sup>609</sup> Trata-se de manifestação da vocação expansiva do CDC, permitindo a sua aplicação em situações que não haja, propriamente, a relação de consumo.<sup>610</sup>

Mesmo antes da entrada em vigor do CC, em 2003, já se acenava nesse sentido. Aline Arquette Leite Novaes adota posição bastante elástica na interpretação do art. 29 do CDC, ao afirmar que o dispositivo abre o campo de abrangência da Lei Consumerista para disciplinar não somente as relações tipicamente de consumo, mas toda a teoria contratual, abarcando a contratação por adesão.<sup>611</sup> Para a autora, a mera exposição às práticas abusivas previstas na lei já é suficiente para gerar situação de vulnerabilidade, sendo que o simples fato de submeter-se a contrato de adesão coloca o aderente em posição inferior, equiparada àquela do consumidor.<sup>612</sup>

Para Adalberto Pasqualotto, a expressão "pessoas expostas" do art. 29 refere-se "a uma situação subjetiva de sujeição ou impotência, equivalendo a vulnerabilidade", de forma que há três situações diversas: (i) os contratos civis paritários; (ii) os contratos de consumo; e (iii) os contratos entre empresas desiguais, sendo que, pelos arts. 2.º *caput c/c* 29 do CDC, as pessoas jurídicas também podem ser consideradas como destinatárias finais.<sup>613</sup> O art. 29 é considerado como "o portal dos vulneráveis não consumidores", desde que situados socioeconomicamente, como aqueles que "se encontram expostos a práticas mercadológicas".<sup>614</sup>

---

<sup>609</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.79.

<sup>610</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.133.

<sup>611</sup> NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.143.

<sup>612</sup> *Ibid.*, p.157.

<sup>613</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o 'consumidor equiparado'. *Revista de Direito do Consumidor*, v.74, p.7 e segs., abr. 2010.

<sup>614</sup> *Ibid.*, p.14.

Entende Cláudia Lima Marques que somente o fato de utilizar contrato pré-elaborado por um dos co-contratantes profissionais não é suficiente para presumir a vulnerabilidade do outro, mister a prova no caso concreto. De acordo com a autora, ao considerar-se todos os aderentes indistintamente como consumidores, acaba-se por não conceder a nenhum deles tratamento especial e transformar-se o CDC em direito comum. Por conseguinte, é fundamental na aplicação do art. 29 conjugar a *ratio* da vulnerabilidade, prevista no inciso I do art. 4.º do CDC.<sup>615</sup>

Por sua vez, Leonardo Roscoe Bessa afirma que a solução para o dilema do art. 29 do CDC consiste em interpretá-lo a partir de perspectiva constitucional, "considerando as razões de tutela do consumidor que vão indicar, nos casos difíceis, quem merece proteção". Segundo o autor, são o imperativo constitucional da isonomia e a dignidade humana que fundamentam o CDC nas diversas e cada vez mais complexas situações jurídicas forjadas no mercado de consumo.<sup>616</sup>

Dessa feita, em relação à pessoa natural, ainda que não seja consumidora, conclui o autor que sempre estará abrangida pelo art. 29 do CDC. Já quanto à pessoa jurídica, será necessário exame da situação específica, ao verificar-se a fragilidade concreta das pessoas envolvidas em determinada atividade econômica, de modo que "o suporte fático não consistiria apenas em estar exposto às práticas indicadas", sendo fundamental a caracterização da vulnerabilidade em concreto.<sup>617</sup>

Consoante Gustavo Tepedino, o princípio da vulnerabilidade, informado pela solidariedade social constitucionalmente assegurada, deverá servir como o critério interpretativo para a definição do conceito de consumidor equiparado. Isso porque "se a proteção do consumidor é instrumental à tutela da dignidade da pessoa humana, a situação de vulnerabilidade de pessoas atingidas [...] por práticas comerciais abusivas mostra-se suficiente para atrair os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor". Com efeito, justificam-se as normas de expansão do

---

<sup>615</sup> MARQUES MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.20-22. Cf., em outra sede, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.388.

<sup>616</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.83-84.

<sup>617</sup> *Ibid.*, p.84.

sistema e disciplina a sua interpretação,<sup>618</sup> uma vez que "os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar".<sup>619</sup>

Nesse sentido, tem caminhado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4.º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. [...] 5. Apesar da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei n.º 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.<sup>620</sup>

Portanto, entende-se que a disciplina jurídica dos contratos de adesão não é uma exclusividade das relações jurídicas consumeristas. A simples condição de aderente no contrato de adesão não torna *per se* o contratante parte vulnerável no mercado de consumo. Na aplicação do art. 29 do CDC tem-se a relativização do critério subjetivo da destinação final, previsto do *caput* do art. 2.º da Lei Consumerista, mas o mesmo não ocorre com o princípio-motor do sistema, qual seja: a existência de

---

<sup>618</sup> TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.134.

<sup>619</sup> TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.406.

<sup>620</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.195.642/RJ*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 13/11/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 21/11/2012). Em sentido próximo, *REsp 1.010.834/GO*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 03/08/2010. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe de 13/10/2010; *REsp 1.027.165/ES*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 07/06/2011. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe de 14/06/2011; *REsp 1.190.139/RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 06/11/2011. Órgão Julgador: 2.ª Turma. Publicação: DJe de 13/12/2011; *REsp 1.196.951/PI*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/02/2012. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJe de 09/04/2012; e mais recentemente, *REsp 567.192/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 29/10/2014.

uma situação jurídica de vulnerabilidade. Ainda que a parte não seja propriamente consumidora, justifica-se a incidência da disciplina mais protetiva do que a do Código Civil *somente se houver concretamente situação de vulnerabilidade*.<sup>621</sup>

Ademais, como visto na decisão do STJ mencionada retro, também a relação de dependência econômica poderá caracterizar situação de vulnerabilidade.<sup>622</sup> Afirma Yann Favier que é difícil a definição da vulnerabilidade na esfera das relações de direito privado, tendo em vista que a noção não é propriamente jurídica. Contudo, ressalta o autor francês que mesmo que a vulnerabilidade não esteja instituída como tal no direito, ela é de toda sorte aplicada a este na "relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como 'naturais' e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações)".<sup>623</sup>

Contudo, tratando-se de relação entre profissionais, a vulnerabilidade, ainda que fruto de relação de dependência, não poderá ser presumida. Ao avaliar a questão da abusividade da cláusula de eleição de foro em contrato de franquia, manifestou-se o Tribunal Superior no sentido de que não basta a sua formalização como contrato de adesão, sendo necessária a comprovação da hipossuficiência informativa da parte

---

<sup>621</sup> As hipóteses de vulnerabilidade, como afirma Cláudia Lima Marques podem ser técnica, jurídica, informacional ou fática. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.320-342.

<sup>622</sup> No direito francês, há regra no Code de Commerce, L. 442, 6, I 2.º que estende a noção de desequilíbrio significativo para proteger também uma parte "fraca" na relação entre profissionais, em razão da existência de dependência econômica. Cf. MAZEAUD, Denis; GENICON, Thomas. *Protection des professionnels contre les clauses abusives*. *Revue des Contrats*, v.43, p.276 e ss, 2012. No direito italiano, também há regra voltada para conter o abuso de dependência econômica nas relações interempresariais, no art. 9.º, 3.º comma da Lei n.º 192/1998. Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del Duemila*. Torino: Giappichelli, 2011. p.75-78. Exemplo interessante é o contrato de distribuição, pelo qual, de acordo com Paula Forgioni, "um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda" no mercado, tendo como proveito econômico o lucro da operação. Nesse tipo de contrato, normalmente de longa duração (relacional), são comuns cláusulas nascidas em contexto negocial marcado pela dependência econômica de uma das partes e que asseguram direitos, sem correspectividade, à parte com mais poder, como a realização de vendas diretas ou a indicação de novos distribuidores para atuarem no mesmo território, a denúncia imotivada a qualquer tempo, o aumento de estoques mínimos, entre outros. (Cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.116 e 419). Sobre o ponto, ver item 2.2.2.

<sup>623</sup> FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, v.22, n.85, p.16, 2013.

como fruto da disparidade de forças entre os contratantes.<sup>624</sup> Se não comprovada, a tutela da parte aderente deverá ser feita nos limites do Código Civil, que somente veda a retirada antecipada ou restrição grave do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Como já repetido, a razão justificadora das medidas de proteção do aderente é a desigualdade de poder negocial existente entre os contratantes no momento da contratação, devido à predisposição unilateral do conteúdo contratual, que pode manifestar-se mesmo em relações paritárias. Tal disparidade de poder, visível quando da formação da relação jurídica, poderá levar a parte a abrir mão de direito relevante a natureza do contrato, causando desequilíbrio entre os direitos e deveres contratuais para as partes e ainda impedindo a parte prejudicada de alcançar a finalidade econômica do contrato. Contudo, tal fragilidade negocial não conduz, ao menos não automaticamente, à situação de vulnerabilidade concreta no mercado de consumo.

O princípio da igualdade, na sua feição substancial, desponta como fundamento para a multiplicação de hipóteses de intervenção jurídica reequilibradora das relações privadas.<sup>625</sup> No entanto, mais uma vez, enfatize-se: a lei civil, embora voltada para relações paritárias, já assegura às partes contratantes níveis de proteção compatíveis com sua concreta posição de maior ou menor inferioridade.

Portanto, pode-se separar, para fins didáticos, quatro situações possíveis na relações jurídicas contratuais: (i) contratos civis negociados; (ii) contratos civis por adesão, com a aplicação da disciplina protetiva do CC, nos arts. 423 e 424; (iii) contratos civis por adesão, em que haja a parte vulnerável concretamente no mercado de consumo, ainda que não se encaixe na definição de consumidor *stricto*

---

<sup>624</sup> "[...] 3.- *Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão.* [...] 7.- Recurso Especial a que se dá provimento (julgamento conjunto com o REsp 1.087.471/MT). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 930.875/MT. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 14/06/2011. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 17/06/2011). Por sua relevância, extrai-se excerto do voto do relator: "1.º) O contrato de franquia não se submete às regras do CDC; 2.º) *A abusividade da cláusula de eleição do foro, no contrato de franquia, não decorre do só fato de celebrar-se por contrato de adesão, mas apenas se caracterizando esta hipótese em que: a) da hipossuficiência do franqueado acarretar falta de inteligência suficiente para a cláusula; b) de subjugação do franqueado, no momento da celebração do contrato, dada a disparidade de forças entre os contratantes; c) de impossibilidade do direito de defesa do franqueado no foro eleito, dada a disparidade de forças*", destacou-se.

<sup>625</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Texto gentilmente cedido pelo autor (no prelo).

como destinatário final, quando será aplicável parte da disciplina do CDC, conforme o art. 29 do diploma consumerista;<sup>626</sup> e (iv) contratos de consumo, sejam ou não por adesão, que se submetem a todas as normas do CDC.

Decerto, a disciplina do CDC deve ser invocada para efeito de suprir as deficiências do CC na tutela do aderente em situação de vulnerabilidade, desde que presentes, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de consumo.<sup>627</sup> Por sua vez, nas relações por adesão civis, quando não houver a concreta situação de vulnerabilidade, aplica-se a norma do art. 424, que somente veda a retirada (ou a restrição grave, acrescenta-se) nas cláusulas predispostas de direitos do aderente que sejam relacionados ao tipo (natureza do contrato) e fundamentais à parte para que atinja a finalidade econômica do contrato.<sup>628</sup>

---

<sup>626</sup> Arts. 29 a 54 do CDC.

<sup>627</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.229-250. p.245.

<sup>628</sup> Registre-se que tal lógica vem sendo seguida em outros ordenamentos jurídicos. No direito alemão, por exemplo, apesar de a lei restringir o controle dos *b2b contracts* a cláusula geral do § 307 do BGB, a jurisprudência utiliza a listagem dos §§ 308-309 como uma lista cinza, fazendo uma análise do poder de barganha da parte em cada caso concreto. Cf. ŠULIJA, Gintautas. *Standard contract terms in cross-border business transactions: a comparative study from the perspective of European Union Law*, Studien Zum Europäischen Privat- Und Prozessrecht, Bd. 14. Frankfurt: P. Lang, 2011. p.86: "*in other words, the German courts conceded that prohibitions in relation to consumer transactions can also lead to the business-to-business contracts being struck out, though the legal basis for striking out of business-to-business contracts and consumer contracts is different. In particular, one should examine whether the contract counterparty was related organization of the proferens; whether the particular transaction was incidental to its activity; and many other factual circumstances showing the bargaining power and experience of a business accepting such standard terms. For example, in the case of a single transaction for a small business, it is probably true that the weaker party has no time and experience to discover all business risks, which puts it in a similar position to that of consumer*". No direito português, como já mencionado, o Decreto-Lei n.º 446/1985 traz dois rolos de cláusulas gerais abusivas, sendo que os arts. 18 e 19 aplicam-se indistintamente aos contratos de adesão que sejam ou não oriundos de relação de consumo e o art. 20 é de aplicação exclusiva às relações consumeristas. Cf. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 2010. p.343, para quem "são muitos os casos em que nos contratos de adesão entre profissionais se justifica, se não todas, grande parte das cautelas que as ordens jurídicas têm vindo a adoptar para a protecção dos consumidores" (p.343). Por sua vez, no direito italiano, apesar de vivo debate na doutrina, a Corte Constitucional entendeu por restringir o âmbito do art. 1.469-*bis* do Código Civil italiano, que reconhece a nulidade de cláusulas abusivas, às relações de consumo, quando o consumidor pessoa física é a parte fraca da relação. (Cf. ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006. p.439-441).

### 3.6 O espaço de incidência e aplicação do art. 424 do CC nas relações civis. A alteração significativa da repartição de riscos do negócio e a proteção da finalidade contratual. A cláusula de não-indenizar

Como visto, existe espaço de incidência do art. 424 do Código Civil que não está coberto pela aplicação das normas consumeristas, tendo em vista que não é todo aderente que será qualificado como consumidor ou mesmo a ele equiparado. Pelo contrário, a contratação por adesão é bastante corrente nas relações interempresariais quando, ainda que se vislumbre disparidade de poder negocial, dificilmente poderá restar configurada situação de vulnerabilidade da parte aderente no mercado de consumo.

Certamente, deve ser enfatizada a necessidade de análise do caso concreto, das circunstâncias específicas na aplicação das cláusulas predispostas em cada contratação.<sup>629</sup> Em consequência, reconhece-se a possibilidade da cláusula, mesmo que fruto de elemento natural, ser reconhecida como válida, por não gerar desequilíbrio entre os direitos e deveres que são atribuídos às partes nem quebrar a expectativa legítima do aderente quanto às regras dispositivas ou aos usos contratuais, uma vez que não impede a parte de alcançar a finalidade econômica do contrato.

Interessante hipótese que vem sendo enfrentada pelos tribunais pátrios é a renúncia pelo fiador ao benefício de ordem e ao direito de exoneração no contrato de fiança quando seja firmado por adesão. Na primeira hipótese, o benefício de ordem está previsto no art. 827 do CC, pelo qual a lei confere ao fiador, devido à subsidiariedade de sua obrigação, a possibilidade de exigir que a execução recaia primeiramente sobre os bens do devedor. No entanto, pelo art. 828, o benefício poderá ser renunciado expressamente pela parte, que não mais poderá alegá-lo.<sup>630</sup>

---

<sup>629</sup> GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v.87, n.747, p.35 e segs., jun. 2011.

<sup>630</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.642.

Assim, questiona-se a validade de cláusula predisposta em contrato de adesão pela qual o aderente abdique do benefício de excussão.<sup>631</sup>

Em não se tratando de relação de consumo ou mesmo de presença de consumidor por equiparação, parece que a cláusula de renúncia ao benefício de ordem, desde que clara e inequívoca, não implica na retirada de direito antecipada que é vedada pela Lei Civil, já que não impede a parte aderente de alcançar a finalidade do contrato. Com efeito, o contrato de fiança é unilateral e gratuito, pois somente a parte fiadora tem obrigações, sendo que, em regra, ela não é remunerada.<sup>632</sup> Ademais, em interpretação sistemática, a própria lei permite a possibilidade de previsão de obrigação com solidariedade passiva em interesse exclusivo de uma das partes devedoras, sendo que a outra terá direito a ressarcimento integral caso cumpra com a obrigação.<sup>633</sup> Nesse sentido, a jurisprudência tem aceitado a validade da cláusula de renúncia de benefício de ordem em contrato de adesão.<sup>634</sup>

No segundo caso, trata-se de cláusula de renúncia ao direito de exoneração, previsto no art. 835 do CC, pelo qual, quando a fiança for pactuada por tempo indeterminado, é facultado ao fiador a saída da posição de garante da obrigação

---

<sup>631</sup> Cf. Enunciado n.º 364 da IV Jornada de Direito Civil do CJF, pelo qual "no contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão".

<sup>632</sup> Apesar de ser possível a estipulação de remuneração pela garantia oferecida como compensação pelo risco assumido. (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.3. p.494). Sobre a causa dos negócios jurídicos gratuitos, em especial da doação, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.267-288, para quem a causa nesses contratos constitui-se na ausência de prestação correspondente ou sinalagmática.

<sup>633</sup> Art. 285 do CC.

<sup>634</sup> "[...] I - O contrato de adesão, por si só, não é nulo, vez que previsto em lei. Com efeito, o simples fato de se tratar de contrato de adesão não implica na nulidade de todas as suas cláusulas, mormente quando forem redigidas de forma clara e expressa todas as obrigações do contratante. II - Não há nenhuma abusividade na cláusula contratual que, redigida de forma clara e direta, obriga o fiador às obrigações assumidas pela devedora, renunciando expressamente ao benefício de ordem" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap.Cív. 1154763-81.2010.8.13.0024*. Relator: Desembargador Leite Praça. Julgamento: 15/09/2011. Publicação: DJe 06/10/2011). Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 0168948-47.2010.8.26.0100*. Relator: Desembargador Tasso Duarte de Melo. Julgamento: 04/12/2013. Publicação: DJe 14/12/2013; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 0010206-74.2009.8.26.0320*. Relator: Desembargador J. B. Franco de Godoi. Julgamento: 09/11/2011. Publicação: DJe 17/11/2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agr. Instr. 0365717-71.2009.8.26.0000*. Relator: Desembargador Marcondes D'Angelo. Julgamento: 27/05/2010. Publicação: DJe 02/06/2010.

principal a qualquer tempo, desde que notifique o devedor e continue respondendo pelo prazo de sessenta dias contados da notificação.<sup>635</sup> Diversamente da hipótese anterior, a cláusula predisposta que preveja a renúncia ao direito de exoneração, por fazer com que o fiador-aderente torne-se obrigado "eternamente", atinge a natureza do negócio e não poderá ter a sua validade admitida, aplicando-se o art. 424 do CC.<sup>636</sup>

Sem dúvida, todavia, a situação que mais tem sido debatida pela doutrina e pela jurisprudência é a validade de disposição que retira ou reduz a responsabilidade do predisponente quando inserida em contrato de adesão por meio de cláusula predeterminada unilateral e rigidamente. Conforme lição clássica de António Pinto

---

<sup>635</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.650.

<sup>636</sup> "[...] *É lícita a cláusula contratual que prevê a renúncia ao benefício de ordem em contrato de fiança, nos termos do artigo 828, do Código Civil de 2002. É ilegal e nula a cláusula inserida em contrato de fiança celebrado entre instituição financeira e fiadores - contrato de adesão, em regra - que estipule a renúncia antecipada ao direito de exoneração previsto no artigo 835, do Código Civil de 2002. Não há que se falar em automática prorrogação, renovação ou novação de contratos de abertura de crédito nos casos em que as datas de vencimento se implementaram, contudo, o credor se valeu do direito de exigir o adimplemento do devedor principal e dos fiadores [...]*" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap.Cív. 0288298-80.2012.8.13.0145*. Relator: Desembargador Veiga de Oliveira. Julgamento: 15/07/2014. Publicação: DJe 09/03/2015). Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap.Cív. 0273702-66.2008.8.13.0522*. Relator: Desembargador Irmair Ferreira Campos. Julgamento: 17/09/2009. Publicação: DJe 06/10/2009; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ap.Cív. 70042881797*. Relator: Desembargadora Nara Leonor Castro Garcia. Julgamento: 30/06/2011. Publicação: DJ 04/07/2011. Contudo, o STJ possui decisão recente no sentido de ser possível a prorrogação automática, desde que resguardado o direito do fiador, no período da prorrogação, de promover a notificação resilitória. (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.374.836/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 03/10/2013. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/02/2014). Por sua riqueza, vale a pena citar trecho do voto vencido do Ministro Marco Buzzi: "dessa forma, ao firmarem o instrumento contratual, devedor principal e fiador aderem a um conjunto de cláusulas previamente dispostas pela instituição bancária, não se afigurando possível aos aderentes influir materialmente quanto ao teor das estipulações contratuais, devendo-se, por tal razão, conferir interpretação mais favorável à parte aderente, como resulta da própria lei. [...] Percebe-se, pois, de forma cristalina que os contratos, destacada e expressamente os de adesão, devem ser norteados pelos princípios da boa-fé, da justiça, do dirigismo contratual e da função social, não apenas quando da pactuação, mas também por ocasião da execução, não se admitindo, por conseguinte, estipulação ou a inserção de cláusulas que estabeleçam ônus excessivos ao consumidor/aderente. Pois bem. *Especificamente no que tange à garantia fidejussória, não há como negar, é irrefutável que as cláusulas capazes de estabelecer um vínculo permanente do fiador por todas as prorrogações contratuais, devem ser consideradas abusivas, porquanto inviável admitir a vinculação do fiador ad eternum na condição de garantidor das obrigações assumidas pelo devedor. Isso significaria uma verdadeira distorção na essência do instituto da fiança, afastando-se da subsidiariedade para, de fato, equipará-la à solidariedade, colocando o garante em evidente e exagerada desvantagem perante a casa bancária, sujeitando o fiador indefinidamente aos termos do negócio*", destacou-se.

Monteiro, a cláusula de não indenizar pode ser definida como estipulação contratual destinada a excluir ou a limitar, "em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, doutra forma, o devedor incorreria, pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações".<sup>637</sup>

Afirma Pinto Monteiro que as cláusulas de irresponsabilidade, quando sejam impostas por meio de contratos de adesão, sujeitam-se a controle pautado por critérios de apreciação muito mais severos do que quando presentes em contratos negociados. Com efeito, a eficácia dessas cláusulas deverá depender da sua conformidade ao princípio da boa-fé, avaliando-se o caso concreto, tendo em vista a presença e a necessidade de proteção do contratante débil.<sup>638</sup>

De acordo com Ana Prata, uma linha redutora do âmbito de juridicidade da cláusula de não indenizar parte da apreciação dela no quadro do contrato em que se insere. No caso do contrato de adesão, trata-se de "enunciar particulares regras de admissibilidade, decorrentes da especial natureza do instrumento contratual de que [tais cláusulas] fazem parte". Assim, deve-se verificar os pressupostos formais do consenso que tenha por objeto a exclusão ou a limitação da responsabilidade do devedor, como também os "requisitos substanciais da validade das cláusulas na hipótese de sua inserção em contratos realizados sobre condições gerais".<sup>639</sup>

Segundo José Aguiar Dias, a cláusula de irresponsabilidade é a consagração do princípio da autonomia privada, da própria liberdade contratual. Dessa feita, as limitações que lhe são impostas "visam precisamente a assegurar a liberdade de contratar, esforçando-se ao máximo para neutralizar o desequilíbrio de situações em virtude do qual a norma, originariamente invocada como expressiva de liberdade, conduziria exatamente à sua negação".<sup>640</sup>

---

<sup>637</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1985. p.100.

<sup>638</sup> *Ibid.*, p.384-385, em especial a nota 887.

<sup>639</sup> PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual: regime geral*. Coimbra: Almedina, 1985. p.320-321.

<sup>640</sup> DIAS, José Aguiar de. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.61-62.

Para o autor, quando a cláusula de não indenizar reveste a forma de adesão, não poderá ser admitida se não houver liberdade de escolha na contratação. Se o aderente encontra-se em situação de necessidade de contratar, existindo ainda monopólio de direito ou de fato do predisponente, a isenção de responsabilidade não deve ser reconhecida como válida. Isso porque a sua validade depende de aceitação inequívoca pela parte e da correspondência a uma causa ou vantagem na contraprestação. Desse modo, "a aceitação da cláusula precisa ser, ou expressa, em ato válido, ou manifestada por outro meio que implique, por parte do aderente, o conhecimento de seus termos".<sup>641</sup>

No contrato de adesão, a parte aderente, muitas vezes, tem somente pleno conhecimento das cláusulas principais (como o objeto e o preço), mas não daquelas cláusulas secundárias (como a cláusula de não indenizar), que, todavia, possuem relevância prática considerável, tendo em vista que são suscetíveis de alterar de forma decisiva o equilíbrio econômico da convenção.<sup>642</sup> De acordo com Pietro Barcellona, a cláusula de não indenizar visa precisamente à alteração da distribuição do risco contratual e poderá ser invalidada quando as partes não tiverem o mesmo *bargaining power*, se causar desequilíbrio injustificado entre os interesses das partes.<sup>643</sup>

Nada obstante, o fato é que tais cláusulas são bastante comuns na contratação por adesão, pois um dos principais objetivos do estipulante ao definir previamente as suas condições de venda é exatamente a redução ou limitação de sua eventual responsabilidade contratual.<sup>644</sup> Com efeito, consoante Enzo Roppo, na contratação *standard*, assumem especial relevância as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade pelo incumprimento do predisponente que antecipadamente

---

<sup>641</sup> DIAS, José Aguiar de. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.65-66. Sobre necessidade de contratar, v. itens 1.2 e 2.3.

<sup>642</sup> NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974. p.28.

<sup>643</sup> BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.594, 1965. Cf. PEREIRA, Patrícia Guia. Cláusulas contratuais abusivas e distribuição do risco. *Sub Judice*, v.39, p.91-113, abr./jun. 2007.

<sup>644</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.187. A observação também é feita, no direito português, por PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual: regime geral*. Coimbra: Almedina, 1985. p.320.

circunscrevem com precisão – e tornam por isso calculável – os riscos relacionados à atividade econômica.<sup>645</sup>

Mais do que exclusão peremptória, é necessário verificar em que situações poderá ser reconhecida a invalidade da cláusula de irresponsabilidade, por tornar o contrato desequilibrado e impedir a parte aderente de alcançar a sua finalidade econômica. Como ressalta Jacques Ghestin, as cláusulas destinadas a limitar ou retirar a responsabilidade de um dos contratantes são extremamente diversas quanto ao seu objeto. Enquanto algumas são destinadas à própria definição do conteúdo obrigacional do contrato, outras visam a estabelecer a consequência da inexecução do contrato, ao prever que não haverá qualquer responsabilidade da parte ou a reparação será limitada a dado valor.<sup>646</sup>

Se as cláusulas relacionadas à definição do conteúdo contratual podem afetar a "direito resultante da natureza do negócio", por permitirem a retirada de direitos inerentes ao tipo contratual ou ainda adotados na praxis negocial, o mesmo não é evidente na análise daquelas cláusulas que atinjam somente às consequências do inadimplemento contratual pela parte predisponente. Portanto, o ponto que deve ser analisado é a possibilidade de aplicação do art. 424 do CC para reconhecer a nulidade de cláusula predisposta que retire o direito do aderente à indenização pelo incumprimento contratual que seria, conforme regra de direito dispositivo, atribuída à conta da parte predisponente.

Como se bem sabe, o art. 393 do CC prevê que "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "tal assunção representa ônus excessivo sobre o devedor, e sua estipulação deverá ser sempre cercada de plena informação e transparência com relação aos riscos assumidos", como decorrência do princípio da boa-fé objetiva.<sup>647</sup>

---

<sup>645</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.316.

<sup>646</sup> GHESTIN, Jacques et al. (Org.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990. p.1.

<sup>647</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Organização de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.355.

Afirma Antônio Junqueira de Azevedo que, pela aplicação do princípio do equilíbrio contratual, "uma das mais fortes tendências do direito contratual atual, no sistema romano-germânico, é a de não admitir que haja um desequilíbrio injustificado entre os direitos e obrigações atribuídos às partes", uma vez que a autonomia privada deve ser harmonizada com a solidariedade social. Decerto, a cláusula de não indenizar não encontra expressa proibição legal, salvo em leis especiais,<sup>648</sup> e constitui transação sobre os riscos, podendo ser válida ou não na relação contratual, a depender das circunstâncias concretas.

Em consequência, são cominadas com sanção de nulidade tais cláusulas que (i) exonerem o agente em caso de dolo; (ii) contrariem diretamente norma imperativa ou de ordem pública; (iii) isentem de indenização o contratante em caso de inadimplemento da prestação principal; e (iv) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais.<sup>649</sup> Junqueira de Azevedo baseia-se em estudo de José Aguiar Dias, para quem a cláusula de irresponsabilidade será lícita quando não representar ofensa a nenhum princípio de ordem pública e a obrigação afastada pela cláusula não for da *essência do contrato*.<sup>650</sup>

Conforme Judith-Martins-Costa, o art. 424 não representa uma vedação *in limine* às cláusulas de irresponsabilidade, pois "a consequência indenizatória não é da natureza dos contratos formados por adesão: ela é eficácia do inadimplemento de quaisquer contratos, formados por adesão ou não". No entanto, a autora reconhece que, de acordo com as circunstâncias do caso, a cláusula poderá ferir a licitude, especificamente quando "sejam concretamente ponderadas à luz dos critérios hermenêuticos contratuais [...] e, ainda, dos métodos de interpretação contratual, de

---

<sup>648</sup> A exemplo do art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>649</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes - renúncia ao direito de indenização - promessa de fato de terceiro - estipulação em favor de terceiro. *Revista dos Tribunais*, v.769, p.104-106, nov. 1999.

<sup>650</sup> DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p.906-908 e 917.

modo especial o método sistemático, que considera o cânone da totalidade da declaração contratual".<sup>651</sup>

Diversamente, para Cristiano Zanetti, a definição da responsabilidade é essencial à preservação da natureza do contrato, tendo em vista que pouco adianta conferir a titularidade do direito se à parte não é atribuída a possibilidade de responsabilizar a outra pela inobservância da conduta devida. Para o autor, "rever as regras de responsabilidade tende a alterar o equilíbrio inerente a cada negócio, o que, por força do art. 424 do Código Civil, não é de ser admitido" na contratação por adesão.<sup>652</sup> Em sentido próximo, entende Fábio Henrique Leite que na inserção de cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de indenizar em contrato de adesão há a "presunção – bastante forte, admita-se – de que não se está diante de uma relação paritária e, por conseguinte, de que o estipulante impôs unilateralmente a cláusula à parte vulnerável", o que não pode ser admitido.<sup>653</sup>

Por sua vez, segundo Wanderley Fernandes, somente em interpretação apressada do referido artigo poder-se-ia concluir pela total rejeição das cláusulas de exoneração ou de limitação de responsabilidade nos contratos de adesão.<sup>654</sup> Enquanto o Código de Defesa do Consumidor, no inciso I do art. 51, veda, de maneira absoluta, as disposições que impliquem renúncia a direitos, sem qualquer qualificação; na Lei Civil, somente é proibida a renúncia a direitos que sejam próprios à natureza do negócio. Em consequência, o CC restringe somente "a liberdade de definição do conteúdo da obrigação, preservando, nos contratos por adesão, os direitos resultantes

---

<sup>651</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Organização de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5. t.2. p.319-320. Cf. PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Dissertação (Mestrado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. p.84.

<sup>652</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008. p.251-252.

<sup>653</sup> PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.140-141. Em igual sentido, cf. ainda AVELAR, Letícia Marquez de. *A cláusula de não Indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p.160.

<sup>654</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.201.

da natureza do negócio, quais sejam, aqueles associados aos elementos essenciais de determinada operação econômica".<sup>655</sup>

Por evidente, e como já afirmado, a cláusula de limitação do objeto da obrigação não pode ser confundida com aquela cláusula que restrinja ou retire a responsabilidade da parte em caso de inadimplemento. Em consequência, nem toda a cláusula de irresponsabilidade terá incidência sobre "direito resultante da natureza do negócio", o que afasta, *a priori*, a aplicação do art. 424 do CC. Contudo, como destaca o autor, a exclusão da responsabilidade pelo inadimplemento ou a limitação do valor da indenização em montante irrisório poderá gerar exatamente o *mesmo efeito* da renúncia a direito decorrente da natureza do contrato.<sup>656</sup> Ou seja, acaba por também impedir a concretização da função do contrato para a parte aderente.

Dessa feita, a apreciação da juridicidade de cláusula de não indenizar predeterminada em contrato de adesão deverá ser feita em concreto, de forma que sejam avaliados os requisitos de validade da cláusula a luz do disposto no art. 424 do Código Civil no contexto para o qual ela foi predisposta no específico contrato. As cláusulas de irresponsabilidade, embora não se confundam com as cláusulas de limitação do conteúdo da obrigação, podem, de igual modo que aquelas, importar na renúncia a direitos essenciais à natureza do negócio, exatamente por impedir a parte prejudicada de auferir a finalidade econômica almejada com o contrato.<sup>657</sup>

---

<sup>655</sup> FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.205-206. Cf. sobre limitação do objeto de contratação: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agrg nos Edcl no REsp 1.188.322/SP*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgamento: 14/12/2010. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 03/02/2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 0107602-12.2007.8.26.0000*. Relator: Desembargador Dimas Carneiro. Julgamento: 04/02/2009. Publicação: DJe 10/03/2009.

<sup>656</sup> FERNANDES, op. cit., p.206. Cf. "Responsabilidade civil - dano material - furto de motocicleta nas dependências da faculdade - falha na guarda da coisa - culpa da instituição de ensino aplicação da súmula 130, do c. STJ - *invalidade da cláusula contratual que isenta a ré de responsabilidade, porque equivale à renúncia antecipada de direito, vedada pelo art. 424 do CC - sentença de procedência- recurso improvido*" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 9069319-58.2007.8.26.0000*. Relator: Desembargador Oscarlino Moeller. Julgamento: 25/09/2007. Publicação: DJ 28/09/2007), destacou-se. Em sentido próximo, SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap.Cív. 9297317-80.2008.8.26.0000*. Relator: Desembargador Antonio Mesquita de Oliveira. Julgamento: 01/02/2011. Publicação: DJe 08/02/2011.

<sup>657</sup> Cf. CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987. p.72.

Assim, as obrigações contratuais que, apesar de não fazerem parte dos elementos essenciais definidores do tipo, se apresentem como cláusulas essenciais na definição da *economia do contrato*, tendo em conta o escopo perseguido pelos contratantes, não poderão ser afastadas por disposição predisposta unilateralmente. Embora não afetem a causa negotii, impedem, de forma radical, à obtenção do resultado pretendido, exatamente por se tratarem de obrigações imprescindíveis ao atingimento do fim contratual. Em consequência, impõe-se a proibição de afastamento dessas obrigações, por razões de ordem pública contratual, *máxime* em contratos de adesão.<sup>658</sup>

Em definitivo, o que está vedado pelo art. 424 do CC é a retirada em cláusula predisposta de direito relacionado a finalidade econômica do contrato, com a correlativa transferência de riscos que por esta via se processa, de forma que a parte prejudicada não alcance o escopo que a levou à contratação.<sup>659</sup> Com efeito, quando a exoneração da obrigação de indenizar abrange o não cumprimento de deveres que são essenciais para a satisfação do objetivo contratual, "pode-se considerar que a vinculação, ainda que não diretamente afastada, resulta de tal modo enfraquecida que perde o seu sentido", sendo então a cláusula exoneratória inadmitida.<sup>660</sup>

Outrossim, a responsabilidade do predisponente também poderá ser limitada por meio de cláusula penal.<sup>661</sup> Trata-se de pacto acessório ao contrato por meio do qual se estipula pena, cuja função precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente,

---

<sup>658</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1985. p.125.

<sup>659</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade e garantia em cláusulas gerais (Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro). In: *Separata no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - estudos em homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Coimbra, 1992. p.21.

<sup>660</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. (Coleção Teses). p.582. Em outra sede, cf. Id., *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p.39.

<sup>661</sup> Comenta a semelhança entre os institutos em sua obra clássica, DIAS, José Aguiar de. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.21: "a cláusula penal é a estimação prévia dos danos. Serve ao mesmo propósito em que se inspira a cláusula de irresponsabilidade, porque suprime a incerteza da liquidação, evitando o risco de, na apuração do prejuízo, se computarem consequências que estejam além ou aquém das naturalmente derivadas do acontecimento prejudicial, a saber, o inadimplemento".

o fiel cumprimento da obrigação principal.<sup>662</sup> Para a sua validade na contratação por adesão, aplicam-se as mesmas observações feitas anteriormente quanto à necessidade de ser compatível com o tipo contratual (natureza do negócio) e com a finalidade econômica do contrato, conforme também exige o art. 413 do CC. Do igual modo, deverá ser analisado o valor da indenização, principalmente quando seja desproporcional frente a gravidade do descumprimento, o que somente deverá ser aferido em concreto. Caso seja irrisório, aplica-se a lógica da retirada completa (*rectius*, renúncia) ao direito de indenização.<sup>663</sup>

Portanto, consoante leciona Pietro Barcellona, a alternativa entre liberdade e intervenção não se coloca em termos da proteção do interesse individual de uma das partes, mas sim na valoração do arranjo patrimonial globalmente visado pelos contratantes com o enlace.<sup>664</sup> O regramento contratual, composto dos elementos idôneos a uma completa disciplina da relação jurídica nascida pelo acordo, não se identifica necessariamente com regramento privado previsto pelas partes, que não exaure o conteúdo do contrato em sua inteireza.<sup>665</sup>

O risco de abuso da liberdade contratual, quando deixada completamente livre para operar nas relações privadas, poderá consumir-se contra o sujeito contratual em posição de fraqueza, mesmo fora do âmbito das relações de consumo. Em tal

---

<sup>662</sup> Cf., sobre a diferença entre a cláusula penal e a cláusula limitativa de responsabilidade, FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.513-537. p.520: "na primeira, a indenização pré-fixada é devida pela parte inadimplente mesmo não tendo acarretado dano ao credor, enquanto que na segunda o que se estipula é o máximo que poderá ser pago a título de perdas e danos pela inexecução culposa do contrato; o devedor ficará isento do pagamento da indenização caso seja comprovada a inexistência do dano ou se sua quantificação for inferior ao máximo estabelecido na cláusula, respondendo nessa hipótese apenas pelo exato montante do prejuízo". Cf., no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 734.520/MG*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgamento: 21/06/2007. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 15/10/2007).

<sup>663</sup> Sobre o tema, ver item 3.3.

<sup>664</sup> BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.607, 1965.

<sup>665</sup> RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970. p.86.

perspectiva, justifica-se a intervenção heterônoma voltada a proteção de interesses socialmente merecedores de tutela que, muitas vezes, identificam-se nas situações concretas com aqueles interesses de categorias sociais ou sujeitos do mercado em posição de desigual poder negocial.<sup>666</sup>

---

<sup>666</sup> ROPPO, Enzo. I 'nouvei contratti' fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). *Lezioni di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 1990. p.266.

## CONCLUSÃO

A partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscou-se, no presente trabalho, delinear os contornos da renúncia nos contratos de adesão civis e empresariais, fora da relação jurídica consumerista. Após a trajetória percorrida, podem ser apresentadas, em síntese, as seguintes conclusões:

1. Apesar de ser relativamente recente a legislação brasileira acerca do tema, o fenômeno da contratação estandardizada não é invenção jurídica nova. Surgiu dentro do contexto de ascensão da burguesia pós-revolução industrial, sendo o contrato de adesão funcionalmente ajustado às estruturas de produção e distribuição de bens e serviços típicas da moderna vida econômica. Com efeito, a ideia tradicional de contrato não casa com a contratação massificada, uma vez inexistente nela a negociação individualizada das prestações contratuais. É nesse contexto, de rompimento com o paradigma de contrato consoante a teoria clássica, que surgem os primeiros estudos acerca do contrato de adesão.
2. A vital importância do contrato de adesão para a moderna vida econômica não pode ser subestimada. Sem dúvida, o método de contratação por adesão às condições gerais insere-se na tendência atual de racionalização da atividade econômica, com a redução de custos e preços, o que traz vantagens para ambos os contratantes. No entanto, existe o reverso da moeda, isto é, a possibilidade de o predisponente fazer uso do poder de predeterminação unilateral do conteúdo do contrato para reforçar sua posição negocial, transformando a sua liberdade contratual em instrumento para exclusão de direitos essenciais do aderente.
3. O conceito de contrato de adesão possui maior abrangência do que o de condições gerais do contrato (que formam o conteúdo do contrato *standard*) e engloba também os contratos feitos de forma predisposta para regulamentar única relação jurídica. O fundamental para a definição desta modalidade de contratar é saber se as cláusulas do futuro contrato são rigidamente predeterminadas pela parte e

apresentadas para a aceitação da outra. A repetição do conteúdo do contrato em diversas relações jurídicas concretas é mera consequência da prática negocial na sociedade de massa, não participando do núcleo essencial do conceito.

4. A disciplina jurídica dos contratos de adesão não é exclusividade das relações de consumo. Os contratos de adesão civis e empresariais serão aqueles em que nenhuma das partes terá a qualidade de consumidor, conforme definido pela Lei Consumerista. Desse modo, deve ser destacado que parte considerável dos contratos de adesão serão interempresariais, denominados *b2b contracts*, em que não se verifica uma situação de vulnerabilidade *a priori* entre as partes. Diversamente, tratam-se de relações jurídicas paritárias, nas quais, porém, o legislador concede proteção especial voltada para o momento de sua formação, por reconhecer a presença de disparidade de poder negocial em razão de as estipulações contratuais serem definidas unilateralmente.
5. Desde os primeiros estudos doutrinários acerca do contrato de adesão e das condições gerais, foi levantada, como principal justificativa para a proteção do aderente, a necessidade de igualar a disparidade de poder negocial existente entre os contratantes. Em consequência, além de estimular a cognoscibilidade do conteúdo do contrato pela parte aderente, a lei também deve garantir a sua proteção em relação ao conteúdo das disposições negociais, principalmente aquelas que sejam relacionadas a direitos essenciais do contrato.
6. Dessa feita, a autonomia negocial, que inclui a livre determinação do conteúdo do contrato, encontra-se condicionada à observância das normas constitucionais, em especial da isonomia substancial, do valor social da livre iniciativa e da solidariedade social. Tendo em vista a disparidade de poder negocial existente na relação contratual por adesão, mesmo nas relações civis e ainda que ausente qualquer superioridade econômica de um dos contratantes, exige-se modelo que corrija tal desequilíbrio, imposto por inspiração solidarista. Nesse sentido, a regra do art. 424 do Código Civil deverá ser

interpretada em consonância com os ditames da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

7. O contrato de adesão é negócio jurídico bilateral, sendo voltado ao atendimento de interesses patrimoniais (e, eventualmente, existenciais) do predisponente e do aderente. Por conseguinte, ambos, indiscutivelmente, participam de sua estrutura. No entanto, em razão de seu particular modo de formação, justifica-se maior cautela no controle de merecimento de tutela de seu conteúdo, já que o aderente não teve igual participação àquela atribuída a contraparte na definição das disposições negociais. Muitas vezes, ele não teve sequer informação acerca de todo conteúdo contratual ao dar seu consentimento, especialmente em relação a cláusulas secundárias, que menos chamam a sua atenção.
8. O contrato-tipo, como o contrato de adesão, é parte do fenômeno da standardização dos contratos. Como fonte de futuros contratos, ele tem por objetivo a uniformização das convenções, tendo em vista que fixa antecipadamente o seu conteúdo. Com o contrato de adesão, possui como denominador comum a limitação da autonomia privada, pois ambos inscrevem-se no movimento mais geral de dirigismo contratual. Por sua vez, o contrato de adesão, muitas vezes, será também *per relationem*, no sentido de ser elaborado para reger uma relação jurídica entre as partes de longa duração. Nos contratos civis e empresariais, quando relacionais e formados por adesão, o princípio da boa-fé deverá ser mais intensamente considerado, em razão de seu caráter aberto, impondo-se maior lealdade entre as partes.
9. Na acepção definida neste trabalho, o contrato de adesão possui como traços característicos a predisposição, a unilateralidade e a rigidez, uma vez que as estipulações contratuais são estabelecidas prévia e imutavelmente por uma das partes, ainda que para reger relação jurídica única. Contudo, como a adoção do modelo de contratar por adesão é muito voltada para as relações massificadas, em sentido largo, ele adquire como características a generalidade e

a abstração, pois predisposto em múltiplas relações uniformes, cujo conteúdo passa a ser formado pelas condições gerais.

10. A busca da isonomia na interpretação do conteúdo do contrato de adesão, especialmente quando formado por cláusulas dotadas de generalidade e abstração, não afasta ou impede a análise pelo intérprete das especificidades do caso concreto, sendo necessário conjugar as duas perspectivas, do fato e da norma. Desse modo, uma cláusula em geral admissível, tendo em conta o figurino padronizado dos interesses sobre os quais tipicamente incide, deverá mostrar-se compatível com as expectativas geradas nas partes em determinada relação negocial. Assim, na aplicação do art. 423 do CC, é necessário que se verifique, em dado contrato concreto, ambiguidade ou contrariedade nas suas cláusulas para que a patologia possa ser sanada por meio da interpretação contra o estipulante.
11. A assimetria de poder negocial existente na relação jurídica por adesão justifica a atribuição de maior responsabilidade ao predisponente quanto ao dever de informar, pois deverá levar o conteúdo contratual ao conhecimento da contraparte. O dever de informação e transparência, que cabe ao predisponente, tem seus limites definidos conforme os ditames da boa-fé objetiva, sendo voltado ao atendimento da finalidade econômica do contrato, de modo a assegurar a realização completa da operação perseguida pelas partes.
12. A necessidade de mais rígido controle da liberdade na relação contratual por adesão justifica-se na unilateralidade do poder decisório, exatamente por não ter sido concedida às partes igual participação na determinação das previsões do acordo. Certas regras contratuais que em relações jurídicas negociadas seriam admitidas pelo direito, como fruto do debate entre as partes, deixam de sê-lo no contrato de adesão. São as denominadas cláusulas abusivas, que tornam o contrato desequilibrado desde o seu nascimento por serem excessivamente gravosas para a parte aderente. Essas cláusulas, que não foram previamente negociadas, causam em detrimento da

parte um desequilíbrio importante entre os direitos e deveres que derivam do contrato, com a fratura do dever de boa-fé que se exige dos contratantes.

13. Ainda que não sejam formados em relações de consumo, os contratos de adesão sujeitam-se a regimes mais rígidos de controle do que os demais contratos. A razão verifica-se na assimetria de poder negocial entre os contratantes, pois, como cabe ao predisponente elaborar a totalidade do texto contratual, é possível que ele transfira ao aderente todos os riscos do negócio que não lhe interessa assumir. Para impedir que isso ocorra, o art. 424 do CC dispõe que a natureza do contrato deve ser sempre respeitada nesta modalidade de contratar, sendo norma voltada para coibir cláusulas abusivas.
14. A renúncia antecipada indesejada pelo legislador e tida como abusiva é aquela feita no momento da adesão pelo aderente que, por si mesma, implica a falta de aquisição de direito ínsito ao tipo contratual, a ele aplicável por analogia ou ainda fruto de regra advinda dos usos contratuais. O escopo da norma é impedir que, por meio de cláusula predisposta, o aderente veja-se despojado de um direito inerente ao programa contratual. Tal procedimento atinge a própria finalidade para qual a parte realizou a relação jurídica contratual, em violação aos ditames da boa-fé objetiva.
15. Na contratação por adesão não se admite a retirada antecipada – isto é, nas cláusulas predeterminadas – de direitos fundados em regra dispositiva ou nos usos contratuais quando atinjam a natureza do negócio, por afetar a própria causa do contrato, tendo em vista a disparidade de poder existente. Apesar de o dispositivo legal não mencionar expressamente como parâmetro a *finalidade* do contrato, a renúncia que atinja o cerne mesmo do pacto e impeça a parte de alcançar o escopo contratual, além de tornar o acordo desequilibrado por interferir na justa equação de direitos e deveres atribuídos às partes, ainda fere a causa do contrato e viola o princípio da boa-fé objetiva.
16. O art. 424 do CC prevê a aplicação da pena de nulidade, no contrato de adesão, às cláusulas predispostas pelas quais o aderente

abdique de direito relacionado à natureza do contrato. Contudo, a nulidade parcial deve prevalecer toda vez que, conforme os valores do ordenamento e ponderadas as circunstâncias do caso concreto, o contratante em posição de fragilidade tenha resguardado, ao menos em parte, o resultado almejado. A redução conservadora da validade visa a evitar as consequências negativas que a aplicação da pena de nulidade total teria para o aderente, quando ele é precisamente o sujeito protegido pela norma. Isso porque, ao cancelar a eficácia do negócio, priva-se o aderente não só dos seus inconvenientes, mas também de suas vantagens.

17. Outrossim, a simples condição de aderente no contrato de adesão não torna *per se* o contratante parte vulnerável no mercado de consumo. Na aplicação do art. 29 do CDC tem-se a relativização do critério subjetivo da destinação final, previsto do *caput* do art. 2.º da Lei Consumerista, mas o mesmo não ocorre com o princípio-motor do sistema, qual seja: a existência de situação jurídica de vulnerabilidade. Ainda que a parte não seja propriamente consumidora, justifica-se a incidência da disciplina mais protetiva do que a do Código Civil somente se houver concretamente situação de vulnerabilidade.
18. A hipótese que mais tem sido enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência, no controle de conteúdo das disposições contratuais por adesão, é a validade de cláusula de irresponsabilidade quando inserida no contrato por meio de cláusula predeterminada de modo unilateral e rígido. A cláusula de não indenizar é bastante comum na contratação por adesão e visa à alteração da distribuição do risco contratual. Em consequência, ela poderá ser invalidada quando as partes não tiverem o mesmo *bargaining power*, se causar um desequilíbrio injustificado entre os interesses das partes. Embora tais cláusulas não se confundam com aquelas de limitação do conteúdo da obrigação, podem, de igual modo, importar na renúncia a direitos essenciais a natureza do negócio, exatamente por impedir a parte prejudicada de auferir a finalidade econômica almejada com o contrato.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, [S.l.], v.14, p.20-27, 1995.

\_\_\_\_\_. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.530-563.

\_\_\_\_\_. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.45, n.12, p.91-110, jan./mar. 2011.

ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas, 1991.

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Coimbra, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.7, n.26, p.72-93, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: relações e situações jurídicas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Organização de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5.

ATIYAH, Patrick S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não Indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v.84, n.716, p.113-137, jun. 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.78-87, 1992.

\_\_\_\_\_. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes - renúncia ao direito de indenização - promessa de fato de terceiro - estipulação em favor de terceiro. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v.769, p.103-109, nov. 1999.

\_\_\_\_\_. *Negocio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: ESTUDOS e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p.126-147.

\_\_\_\_\_. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: ESTUDOS e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p.109-125.

\_\_\_\_\_. A natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos Jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. A boa-fé nos contratos relacionais. Contrato de duração. alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v.832, n.94, p.115-137, fev. 2005.

BARCELLONA, Pietro. Sui controlli della libertà contrattuale. *Rivista Di Diritto Civile*, v.11, n.2, p.580-607, 1965.

\_\_\_\_\_. *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Milano: Giuffrè, 1969.

BARROS, José Manuel Araújo. *Cláusulas contratuais gerais*: DL n.º 446/85 - anotado, recolha jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2010.

BASÍLIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

BERGER, Klaus Peter. AGB-Gestaltung und Transparenzgebot. Beispiele aus der Jüngeren BGH-Rechtsprechung zum Unternehmerischen Geschäftsverkehr. *NJW*, p.3.526-3.530, 2007.

BERLIOZ, Georges. *Le contrat d'adhésion*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1976. (Bibliothèque de Droit Privé, t.132).

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: ESI, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica, 5.ª tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1980. v.1.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1980.

BIANCA, C. Massimo. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: ESI, 1957.

\_\_\_\_\_. *Diritto Civile*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2000. v.3.

\_\_\_\_\_. Condizioni generali di contratto. I) Diritto Civile. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.475-514.

\_\_\_\_\_. Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente). In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.531-546.

\_\_\_\_\_. Condizioni generali di contratto. II) Diritto Comparato e Straniero. In: *Realtà sociale ed effettività della norma: scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 2002. v.2. t.2. p.515-529.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOLGAR, Vera. The contract of adhesion: a comparison of theory and practice. *The American Journal of Comparative Law*, v.20, n.1, p.53-78, 1972.

BRASIL. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. PL 634/1975. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. Campinas: Interlez Informações Jurídicas, 2000.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*. Napoli: ESI, 2011.

CASSOTTANA, Marco. Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.123-153.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987.

CAVALCANTI, João Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CAVALIERI FILHO, Sergio. O novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou antinomias? *Revista da EMERJ*, v.5, n.20, p.100-114, 2002.

COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. Firenze: G. Barberà, 1888.

COLLINS, Peter. Battle of forms. *Field Law*, Spring 2011. Disponível em: <[www.fieldlaw.com/articles/PLC\\_BattleoftheForms.pdf](http://www.fieldlaw.com/articles/PLC_BattleoftheForms.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

COSTA, Mário de Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 1986.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (fim de 1943-1945). Os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. v.2.

\_\_\_\_\_. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Teoria geral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva, 1941.

DAWSON, John P. Unconscionable coercion: the german version. *Harvard Law Review*, v.89, n.6, p.1103-1021, Apr. 1976.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEREUX, Georges. De la nature juridique des 'contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.9, n.3, p.503-541, 1910.

DIAS, José Aguiar de. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6.ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007. v.1.

\_\_\_\_\_. Derecho y masificación social. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.1. p.858-886.

\_\_\_\_\_. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: *Ensayos jurídicos: (1953-2011)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.315-2.327.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DORN, Franz et al. (Org.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Bd. 2 Teilbd. 2: Schuldrecht: allgemeiner Teil, §§ 241 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

DOSSETTO, Mario. *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante formulari*. Padova: CEDAM, 1951.

DUGUIT, Léon. *L'état le droit objectif et la loi positif*. Réimpression de la édition 1901. Paris: Dalloz, 2003.

DUNCAN, Nora K. Adhesion contracts: A Twentieth Century problem for a Nineteenth Century Code. *Louisiana Law Review*, v.34, n.5, Special Issue, p.1.081-1.100, 1974.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, v.22, n.85, p.5-24, 2013.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v.14, n.3 (nova fase), p.29-38, out. 1963.

FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*: Corso di Diritto Civile. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1982.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.513-537.

FONASIER, Matteo. Die Klauselkontrolle im Unternehmerischen Geschäftsverkehr. In: *Sonderdruck aus Schwerpunkte des Kartellrechts 2011*. Carl Heymanns Verlag, 2011. p.17-30.

FONSECA, Cleodon. Do contrato de adesão. *Revista Forense*, v.116, p.303-305, mar. 1948.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. In: *La protection de la partie faible dans les Rapports contractuels: comparaisons franco-belges*. Organizado pela Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne e Université Catholique de Louvain. Paris: LGDJ, 1996. p.615-652. (Bibliothèque de Droit Privé, t.261).

FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p.231-253.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA-AMIGO, Manuel. *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Réimpression de l'édition publiée en 1937. Paris: Sirey, 1965.

GAZMURI, Inigo de la Maza. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Por qué el estado y non solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, v.1, p.109-147, 2003.

GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954.

GENOVESE, Andrea. *L'interpretazione del contratto standard*. Milano: Giuffrè, 2008.

GHESTIN, Jacques et al. (Org.). *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990.

GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*. 4.ed. Paris: LGDJ, 2013. t.1.

GHESTIN, Jacques; MARCHESSAUX-VAN MELLE, Isabelle. Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en Droit Français et en Droit Européens. In: *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*. Org. Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne e Université Catholique de Louvain. Paris: LGDJ, 1996. p.1-72. (Bibliothèque de Droit Privé, t.261).

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesioni*. Milano: Giuffrè, 1951.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, v.87, n.747, p.35-55, jun. 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GÓMEZ, Carlos Ballugera. *El contrato no-contrato: enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006.

GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude de l'individualisme juridique*. Paris: Université de Dijon - Faculté de Droit, 1912.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1.

HATZIS, Aristides N. An offer you cannot negotiate: some thoughts on the economics of standard form consumer contracts. In: COLLINS, Hugh (Org.). *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European Contract Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p.43-56. (Private Law in European Context Series, v.15).

HELLWEGE, Philipp. Standard contract terms. In: BASEDOW, Jürgen et al. (Org.). *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.1.588-1.592.

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v.52, n.1, p.347-364, mar. 1998.

\_\_\_\_\_. È vero, ma... (Replica a Giorgio Oppo). *Rivista di Diritto Civile*, v.45, n.1, p.273-278, gen./feb. 1999.

JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats: etude comparative des Droits Français, Allemand et Japonais*. Université Jean-Moulin-Lyon 3, 2001.

JAYME, Erik. Le condizioni generali di contratto nei rapporti giuridici italo-tedeschi. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.191-198.

JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.1-30, 1937.

KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 2731, p.629-642, 1943.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

\_\_\_\_\_. Causa do contrato X função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.43, p.33-75, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Texto gentilmente cedido pelo autor (no prelo).

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.265-297.

KÖTZ, Hein. Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine Rechts ökonomische Skizze. *Jus*, p.209-214, 2003.

KÖTZ, Hein; PATTI, Salvatore. *Diritto Europeo dei contratti*. Tradução de Sabine Buchberger. Milano: Giuffrè, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t.1.

\_\_\_\_\_. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo Mácias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LÉAUTÉ, Jacques. Les contrats-types. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.51, p.429-460, 1953.

LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales: de l'utilité du concept de déclaration de volonté*. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de Droit Privé, t.412).

LIRA, Ricardo-César Pereira. Breves notas sobre o negócio jurídico 'shopping center'. *Revista Forense*, v.93, n.337, p.397-400, 1997.

LITTY, Olivier. *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris: LGDJ, 1999. (Bibliothèque de Droit Privé, t.322).

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Contratante vulnerável e autonomia privada. *RIBD - Revista do Instituto Brasileiro de Direito*, Lisboa, v.10, p.6.183-6.204, 2012.

LOKIEC, Pascal. *Contrat et pouvoir: essai sur les transformations du Droit Privé des rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 2004. ( Bibliothèque de Droit Privé, t.408).

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t.1.

\_\_\_\_\_. *Tratado de los contratos: parte geral*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.35, p.113-122, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Luiz. *Pequeno dicionário jurídico, alemão-português*. Rio de Janeiro: CLC, 1981.

MAHÉ, Chantal B. P. Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter? *Electronic Journal of Comparative Law*, v.1.1, November 1997. Disponível em: <[www.ecj.org/11/art11-2.doc](http://www.ecj.org/11/art11-2.doc)>. Acesso em: 04 jul. 2015.

MARKESINIS, Basil S. *The German Law of contract: a comparative treatise*. 2.ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.13-23.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINEZ, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. Texto gentilmente cedido pela autora.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*. Organização de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5. t.1-2.

\_\_\_\_\_. Contrato: conceito e concreção. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.23-66.

\_\_\_\_\_. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v.32, n.116, p.110-117, jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.189-229.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.309-343.

MAZEAUD, Denis; GENICON, Thomas. Protection des professionnels contre les clauses abusives. *Revue des Contrats*, v.43, p.276-289, 2012.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1946.

MICKLITZ, Hans-W. La Loi Allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Un résumé après 11 ans. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *I contratti standard nel Diritto Interno e Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 1991. p.253-267.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral*. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.31.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 1985.

\_\_\_\_\_. *Cláusula penal e indenização*. Reimpressão da edição de 1990. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.7, p.3-31, jul./set. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho do direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20.

\_\_\_\_\_. A causa dos contratos. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.289-316.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a promessa de doação. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.267-288.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p 237-265.

MORIN, Gaston. Tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.36, p.553-563, 1937.

MOTA, Mauricio. O negócio jurídico no Código Civil. In: *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p.81-141.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORDMANN, Philippe. *Le contrat d'adhésion abus et remèdes*. Université de Lausanne - Faculté de Droit, 1974.

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

NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, v.44, n.1, p.525-533, gen./feb. 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o 'consumidor equiparado'. *Revista de Direito do Consumidor*, v.74, p.7-42, abr. 2010.

PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. Responsabilità precontrattuale e contratti standard. In: SCLHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Artt. 1.337-1.342. Milano: Giuffrè, 1993.

PC PITSTOP. **It pays to read license agreements**. Disponível em: <<http://techtalk.pcpitstop.com/2012/06/12/it-pays-to-read-license-agreements-7-years-later/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 1972.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: contratos*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.3.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.4.

PEREIRA, Patrícia Guia. Cláusulas contratuais abusivas e distribuição do risco. *Sub Judice*, v.39, p.91-113, abr./jun. 2007.

PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Dissertação (Mestrado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Giovanni (Org.). *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. 3.ed. Legislazione commentata. Napoli: ESI, 2010. t.1. Libro 4, Delle obbligazioni: artt. 1173 - 2059 Artt. 1537-2059.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 1997.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.6 e 7, p.63-77, 1998-1999.

\_\_\_\_\_. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.131-151, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Appunti sull'inquadramento della disciplina delle C.D. condizioni generali di contratto. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003. p.295-303.

\_\_\_\_\_. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2003. p.5-11.

\_\_\_\_\_. La tutela del consumatore tra liberalismo e solidarismo. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2003. p.305-315.

\_\_\_\_\_. La dottrina del Diritto Civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.31, p.75-86, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Il principio di legalità nel Diritto Civile. *Rassegna di Diritto Civile*, v.1, n.31, p.164-201, 2010.

PIANESI, Ermano. *Le condizioni generali nei contratti degli enti pubblici*. Milano: Giuffrè, 1966.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.33-43, mar. 1977.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual: regime geral*. Coimbra: Almedina, 1985.

\_\_\_\_\_. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Almedina, 2010.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=837&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935.

\_\_\_\_\_. Funzione del contratto e libertà contrattuale. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.71-103.

\_\_\_\_\_. Il principio d'eguaglianza nel Diritto Privato. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.11-29.

\_\_\_\_\_. La libertà contrattuale oggi. In: *Il compendio di Diritto Privato: Saggi di Diritto Privato e di Diritto dell'economia di tre decenni*. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990. p.49-69.

RAKOFF, Todd. Contracts of adhesion: an essay in reconstruction. *Harvard Law Review*, v.96, n.6, p.1.173-1.284, Apr. 1983.

RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel et al. (Orgs.). *Anteprojeto de Código Civil*. 2.ed. Brasília: República Federativa do Brasil. Ministério da Justiça, 1973.

RENTERÍA, Pablo Waldemar. *Direito real do penhor e autonomia negocial*. Tese (Doutorado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais ("shopping center") no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v.571, p.9-35, maio 1983.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina, 1990.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade e garantia em cláusulas gerais (Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro). In: *Separata no número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - estudos em homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Coimbra: Coimbra, 1992. p.3-95.

\_\_\_\_\_. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. (Coleção Teses).

\_\_\_\_\_. Os contratos de adesão no novo Código Civil brasileiro: uma visão comparatista. In: CALDERALE, Alfredo (Org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003. p.87-123.

\_\_\_\_\_. O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da Directiva sobre cláusulas abusivas. In: *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.181-206.

RIBEIRO, Marilda Rosado Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.223-237.

RIEG, Alfred. Contrat type et contrat d'adhésion. In: *VIIIème Congrès International de Droit Comparé Pescara: Contributions françaises. Etudes de Droit Contemporain*. Paris: Les éditions de l'épargne, 1970. p.105-116.

RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris: LGDJ, 1955.

\_\_\_\_\_. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du Droit Privé: Thémis. Droit*. Paris: Presses universitaires de France, 2011.

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970.

\_\_\_\_\_. La buona fede. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Org.). *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Roma: Maggioli Editore, 1984. p.115-129.

\_\_\_\_\_. *Dal soggetto alla persona*. Milano: ESI, 2007.

\_\_\_\_\_. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Roma: GLF editori Laterza, 2014.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

\_\_\_\_\_. *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano: Giuffrè, 1989.

\_\_\_\_\_. I 'nouveaux contrats' fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime. In: PERLINGIERI, Pietro (Org.). *Lezioni di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 1990. p.255-272.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del Duemila*. Torino: Giappichelli, 2011.

RUHL, Gisela. The battle of forms: comparative and economic observations. *U. Pa. J. Int'l Econ. Law*, v.189, p.189-224, 2003.

SÁ, Almeno de. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo código civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v.23, p.167-219, 2002.

\_\_\_\_\_. *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

SALANDRA, Vittorio. I contratti di adesione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v.26, n.1, p.408-435 e 507-540, 1928.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, nouveau tirage. Paris: LGDJ, 1929.

SANDROCK, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. *The American Journal of Comparative Law*, v.26, p.551-572, 1977-1978.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del Diritto Civile*. Ristampa della 9.ed. Napoli: Jovene, 2012.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3.ed. Première Série: Panorama Des Mutations. Paris: Dalloz, 1964.

SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?* Paris: LGDJ, 1997. (Bibliothèque de Droit Privé, t.264).

SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive*. Mohr Siebeck, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. Contrato de distribuição e resolução abusiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.419-441.

\_\_\_\_\_. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-137.

SIDOU, J. M. Othon. *Resolução judicial dos contratos (cláusula rebus sic stantibus): contratos de adesão, no direito vigente e no projeto de Código Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SLAWSON, David W. Standard form contracts and democratic control of law making power. *Harvard Law Review*, v.84, p.529-566, Jan. 1971.

SOUSA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.353-383.

STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.

\_\_\_\_\_. Condiciones generales y clausulas abusivas en los contratos de consumo, en Argentina - Proyecto de Código Civil e Comercial. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v.4, n.16, p.291-319, dez. 2014.

STOLL, Hans. La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, C. Massimo (Org.). *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1. p.269-288.

ŠULIJA, Gintautas. *Standard contract terms in cross-border business transactions: a comparative study from the perspective of European Union Law*, Studien Zum Europäischen Privat- Und Prozessrecht, Bd. 14. Frankfurt: P. Lang, 2011.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.2, n.1, p.v-vi, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Editorial: dez anos de proteção do consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.2, p.iii-v, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.405-408.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.47-61.

\_\_\_\_\_. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.241-273.

\_\_\_\_\_. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. p.123-134.

\_\_\_\_\_. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.25-62.

\_\_\_\_\_. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: *Temas de direito civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.168-170, nota 10.

\_\_\_\_\_. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.229-250.

\_\_\_\_\_. O velho projeto de um velho Código Civil. In: *Temas de direito civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.527-529.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t.1. p.1-23.

\_\_\_\_\_. *Relação jurídica.* Texto gentilmente cedido pelo autor para Grupo de Pesquisa Institucional no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ (no prelo).

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.3.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado*. Organização de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v.4.

TIBÚRCIO, Carmen. Cláusulas compromissórias em contrato de adesão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.44, n.11, p.3-17, out./dez. 2010.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 21.ed. Padova: CEDAM, 1978.

TRABUCCHI, Alberto. Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno. In: *Il Contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo*. Padova: CEDAM, 1992. p.1-49.

TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TULLIO, Antonio. *Il contratto per adesione: tra il Diritto Comune dei Contratti e la novella sui contratti dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1997.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luís Carro. Madrid: Civitas, 1977.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Good faith in European Contract Law: Cambridge Studies in International and Comparative Law; The Common Core of European Private Law Project 14*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p.7-62.