

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Silvia Dias da Costa Machado

**Pautas para a interpretação dos Contratos por Adesão nas relações interempresariais
regidas pelo Código Civil**

Porto Alegre

2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Silvia Dias da Costa Machado

**Pautas para a interpretação dos Contratos por Adesão nas relações interempresariais
regidas pelo Código Civil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como requisito final para
concessão do grau de mestre em Direito Civil.

Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa

Porto Alegre

2007

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

A escolha da contratação por adesão como tema ocorreu ainda nos momentos subseqüentes ao ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito. O tema atraiu-me pela praticidade e porque, geralmente, o encontramos direcionado às relações de consumo, sendo pouco abordado na perspectiva interempresarial.

Em primeiro lugar, agradeço à Dra. Judith Martins-Costa, que tanto me auxiliou durante todos os momentos deste trabalho, corrigindo, incentivando, questionando, com muita paciência e dedicação. Mas, meu agradecimento à Professora Judith é maior do que este trabalho: dedico meu agradecimento especial pela mudança que operou quando aceitou que eu integrasse seu grupo de pesquisa “Bases para unificação do Direito Privado no MERCOSUL”. Daquele momento para este, são 12 anos tendo seu exemplo e orientação, que me transformaram tanto como profissional quanto como acadêmica, e possibilitaram que eu finalizasse este trabalho.

Agradeço aos meus pais que, desde muito cedo, incentivaram-me a buscar a formação acadêmica e me transmitiram o fundamental: o gosto por estar entre os livros.

Não se pode falar em dissertação sem mencionar a sensação de ter perdido parte do convívio de familiares, amigos e colegas. Infelizmente, o trabalho acadêmico nos exige tempo e cobra-nos isolamento. Assim, agradeço a todos aqueles que renunciaram à minha presença neste período e, pacientemente, receberam-me de volta, cansada e cheia de questionamentos. Agradeço especialmente ao Marcelo que me acompanhou nesta fase final.

À Milena e ao João, minha querida “equipe de apoio” que propiciou que eu conseguisse conciliar escritório e vida acadêmica, ajudando com os prazos e “traficando” livros.

Meu agradecimento ao Mestrado, como instituição, que tanto impulsiona as mentes do Direito. Aos seus integrantes: professores, essas pessoas tão dedicadas que sempre dispuseram de um intervalo de tempo para me auxiliar; e, funcionários, que me ajudaram, com paciência e dedicação, a galgar os degraus burocráticos.

RESUMO

É objeto deste estudo a busca das pautas interpretativas a serem utilizadas para análise do contrato por adesão celebrado entre empresários. Habitualmente, os contratos celebrados por adesão são estudados na relação entre fornecedor e consumidor, havendo uma preocupação em evitar a abusividade. Contudo, tanto a adesividade quanto a abusividade podem estar presentes nas relações de direito privado comum e empresarial. Diante deste fato, busca-se, aqui, esclarecer as especificidades e diretrizes hermenêuticas do contrato formado por adesão entre estas duas partes que têm mesmo *status* jurídico, não havendo presunção legal de vulnerabilidade entre elas.

Palavras-chave: Contratos por adesão. Relações interempresariais. Abusividade. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

It is object of this study the search for interpretative guidelines to be used for analysis of the contract by adherence celebrated amongst business people. Usually, contracts celebrated by adherence are studied in the relation between supplier and consumer, having concern about avoiding abusiveness. However, both adherence and abusiveness may be present in the relations of common private law and corporate law. Before this fact, it is aimed here to clarify the specificities and hermeneutic guidelines of the contract formed by adherence between these two parts that have the same juridical status, not having legal presumption of vulnerability between them.

Key words: Contracts by adherence. Intercorporate relations. Abusiveness. Vulnerability.

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	7
A. O FENÔMENO DA ADESIVIDADE.....	11
A.1 O PERÍODO FORMATIVO DA CONTRATAÇÃO POR ADESÃO INTEREMPRESARIAL.....	14
<i>A.1.1 Peculiaridades do dever de informar das partes no período formativo do contrato.....</i>	<i>15</i>
A.1.1.1 O dever de informar e a responsabilidade por conselhos e recomendações.....	21
A.1.1.2 O dever de aviso de proibição e de instrução	25
A.2 O TEXTO CONTRATUAL COMO “PROPOSTA” DE CONTRATO	26
A.2.1 A UTILIZAÇÃO DE CONDIÇÕES GERAIS	27
B. A RELAÇÃO JURÍDICA INTEREMPRESARIAL E SEUS SUJEITOS.....	31
B.1 EMPRESÁRIO, EMPRESA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA	32
B.2 ALGUMAS ESPECIFICIDADES DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE EMPRESÁRIOS.....	39
<i>B.2.1 A Adoção de metodologias e regramentos próprios ao tráfego</i>	<i>40</i>
<i>B.2.2 O conhecimento acerca do outro contratante e a decisão de contratar.....</i>	<i>41</i>
C. ADESIVIDADE E EMPRESARIALIDADE: A MUDANÇA DE PARADIGMAS QUANDO A CONTRATAÇÃO POR ADESÃO SE DÁ ENTRE EMPRESÁRIOS	44
C.1 AUTONOMIA PRIVADA E CONTRATAÇÃO POR ADESÃO INTEREMPRESARIAL	44
C.2 A VULNERABILIDADE E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS POR ADESÃO..	47
<i>C.2.1 Empresário vulnerável?.....</i>	<i>49</i>
<i>C.2.2 Reconhecimento da Vulnerabilidade decorrente da posição de aderente e seu efeito protetivo.....</i>	<i>51</i>
<i>C.2.3 Reconhecimento da vulnerabilidade decorrente da equiparação a consumidor</i>	<i>52</i>
<i>C.2.4 Vulnerabilidade decorrente da utilização do meio eletrônico</i>	<i>57</i>
<i>C.2.5 Vulnerabilidade decorrente da situação fática do aderente.....</i>	<i>60</i>
<i>C.2.6 A Vulnerabilidade econômica.....</i>	<i>62</i>
C.3 O CRITÉRIO DA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA.....	64
<i>C.3.1 A utilização do critério da abusividade</i>	<i>67</i>

II - PARTE: PAUTAS HERMENÊUTICAS DOS CONTRATOS POR ADESÃO INTEREMPRESARIAIS.....	74
A. AS PAUTAS HERMENÊUTICAS MAIS COMUMENTE UTILIZADAS.....	76
A.1 PARÂMETROS CONSTANTES DO CÓDIGO CIVIL	77
A.1.1 <i>Interpretação Favorável ao Aderente</i>	77
A.1.2 <i>A pauta da Função Social do Contrato</i>	79
A.1.3 <i>O Princípio da Boa-fé Objetiva como importante pauta hermenêutica</i>	83
A.1.3.1 Boa-fé como cânone hermenêutico e integrativo	84
A.1.3.2 Boa-fé como criadora de deveres jurídicos ou mitigadora de obrigações	85
A.1.3.2.a O dever de informar na fase contratual.....	85
A.1.3.2.b O dever de cooperação	87
A.1.3.2.c Os institutos da <i>Suppressio e Surrectio</i> e sua aplicação	88
A.1.4 <i>Usos e Costumes do Tráfego</i>	91
A.2 PAUTAS DITADAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	93
A.3 OS PRINCÍPIOS DA UNIDROIT, UMA “PAUTA ELETIVA” COMPLETA E ATUAL	96
B. ATIVIDADE DE INTERVENÇÃO E INTERPRETAÇÃO: CONTORNOS E CONSEQÜÊNCIAS	98
B.1 INTERVENÇÃO INTEGRATIVA OU DE COMPLEMENTAÇÃO.....	99
B.2 REGIME DAS NULIDADES E SEUS EFEITOS	100
B.3 BREVE ABORDAGEM DOS EFEITOS POSSÍVEIS DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA SE A PAUTA É O CÓDIGO CIVIL	100
B.3.1 <i>Efeitos da abusividade de cláusula</i>	103
B.3.1.1 Efeitos da nulidade e abusividade das Condições Gerais	105
B.4 CONSEQÜÊNCIAS SE FOR APLICADO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	105
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

O Código Civil traça, nos artigos 423 e 424, o princípio geral da proteção ao aderente, nos contratos formados por adesão¹. Como o Código incide sobre as relações de direito comum e interempresariais através do expresse acolhimento, na estrutura deste, das relações obrigacionais de empresa² pretende-se, aqui, examinar quais as diretrizes hermenêuticas que devem ser utilizadas nesta ambiência específica.

A matéria contratual empresarial pode ser visualizada como em permanente metamorfose, fruto da necessidade perene de adaptação à própria realidade econômica. Há a busca incessante de um Direito mais adequado ao tráfico mercantil que, por si só, é dinâmico e mutável, tanto assim que gerou, ao longo da História, um “direito especial” indicado pela expressão *lex mercatoria*.

Nossa realidade atual é de economia globalizada com a conseqüente necessidade de contratar fora dos limites dos Estados. A uniformização dos pactos através do uso de condições gerais e a contratação por adesão proliferam neste cenário, tanto quanto no interior dos Estados nacionais, porque representam meios de facilitar o entendimento e celebração dos negócios. É mais simples contratar quando se tem um parâmetro mínimo, ou seja, um conteúdo contratual oferecido, quando a proposta ofertada (o próprio texto contratual, neste caso), não é absolutamente desconhecida, porquanto já adotada em outros episódios como condições gerais para certo grupo de empresários ou para determinadas relações jurídicas. A globalização é, portanto, fator contributivo para intensificar do fenômeno da adesividade porque tem acarretado uma tendência à uniformização do conteúdo estereotipado dos pactos e da tipificação negocial³.

No dizer de PINTO MONTEIRO⁴, o uso dessa forma de contratar decorre da necessidade empresarial de racionalização, planejamento, celeridade e eficácia. A contratação por adesão é forma de celebrar contratos adequada à atual estrutura econômica porque oferece

¹ Atente-se que o dito contrato “de” adesão, na realidade, é uma forma de contratação e não um tipo contratual, daí mais adequado dizer-se “contrato por adesão”.

² Na I. Parte trataremos de conceituar empresa e empresário, o efetivo destinatário de todo esse sistema introduzido no Código Civil de 2002.

³ CALMONT, Arturo. Contrato, Tipología Contratual y Globalización. In: HERNÁNDEZ, Carlos A. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p 285.

⁴ PINTO MONTEIRO, António. Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2001, p. 1103-129.

a agilidade, eficiência e rapidez buscadas está em consonância com a economicidade, meta deste meio⁵, e oferece maior rentabilidade em menor tempo. Permite, através do conhecimento antecipado e pontual do conteúdo, um cálculo dos custos dos bens ou serviços objeto do contrato. Em razão destes fatores contributivos, a vida empresarial conhece bem o fenômeno da adesividade contratual⁶.

Indubitável, pois, que o contrato celebrado por adesão acelera a economia, o que favorece e impulsiona sua adoção. No entanto, também é indubitável que o fato de ser gerado e constituído mediante a produção unilateral de uma das partes o torna instrumento que oferece risco para o aderente, que não pode debater as cláusulas em defesa de seus interesses.

Ademais, funciona, muitas vezes, como um “dicionário de bolso”, que, embora essencial, prático e extremamente necessário, não poderá abarcar todo o conteúdo (do contrato) que pretende expressar.

É bem verdade que as partes contratantes, aqui, em princípio, contam com paridade de condições negociais⁷, o que tornaria desnecessário o oferecimento de mecanismos protetivos a uma delas. Todavia, nem sempre é o que ocorre. Sendo, o contrato, conciso e previamente formulado, poderá trazer conseqüências gravosas para o aderente, porque em consonância apenas com os interesses daquele que o pré-estabeleceu. Assim, a avaliação acerca da existência de “abuso potencial” invoca os mecanismos interpretativos equilibradores, no intuito de propiciar a paridade inexistente. Destarte autorizado o uso destes mecanismos, quando necessários, há que se ter cuidado para evitar o excesso de protecionismo que é funcional, tão-somente, quando há, entre as partes, um desequilíbrio estrutural, como ocorre nas relações fornecedor/consumidor ou empregador/empregado⁸.

Ressalte-se que nenhum problema há na contratação por adesão em si. O problema sobrevém quando se manifestam os efeitos negativos da imposição unilateral, traduzidas na palavra “abusividade”.

A solução, por óbvio, não é deixar de utilizar a contratação por adesão. Certamente, isso importaria em involução, jurídica e econômica. O caminho será aprender a operar com

⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 316.

⁶ Nesse sentido vide: MOSCATELLI, Piera Cartoni. *Il Mercato dei Prodotti Chimici e Alimentari*. P. 138. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V.II. Milano: Giuffrè, 1979.

⁷ CESARO, Ernesto. *Le condizioni generali di contratto – nella Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1989. v. I, p. 5.

⁸ As relações de consumo e trabalhistas são exemplos destas relações em que há um intuito protetivo precípua, face à vulnerabilidade presumida do consumidor e do trabalhador, respectivamente. Tais relações estão excluídas de nosso estudo e, se mencionadas, será com o único objetivo de propiciar uma diferenciação mais clara das relações empresariais.

suas omissões e insuficiências e, fundamentalmente, controlar e coibir o excesso de desequilíbrio característico da abusividade.

Frente a essa premissa, a questão primordial é: onde buscar os parâmetros hermenêuticos para a regulação, *in concreto*, da adesividade contratual entre empresas, sabendo-se que o Código Civil disciplina a matéria com poucas regras expressas?

Deixa-se claro, desde já, o entendimento contrário à extensão analógica do Código de Defesa do Consumidor. Atente-se que o presente estudo está focado em relações interempresariais, aquelas em que são partes empresários ou sociedades empresárias e não um fornecedor e um consumidor. Inicialmente, portanto, tais relações fogem à incidência do Código de Defesa do Consumidor, muito embora, não se possa excluir, totalmente, deste estudo, a tutela aí regulada, uma vez que existem situações em que o próprio empresário pode encontrar-se na posição jurídica de consumidor de um produto ou serviço e contratar com outro empresário utilizando como forma de contratação a adesão.

O presente texto não tratará das relações em que há a participação estatal, mesmo que o Estado esteja funcionando como ente privado, porque existem características próprias (sociológicas e jurídicas) inerentes à qualificação, como empresário, que não se pode atribuir ao Estado, mesmo que este se encontre, em determinado momento, atuando como se fosse empresário. Igualmente, encontram-se excluídos deste estudo os contratos por adesão celebrados no âmbito trabalhista, onde são partes uma empresa e o empregado, porquanto reconhecida aí a subordinação como característica inerente ao fato de que tais relações encontram-se sob a égide das leis protetivas trabalhistas.

Na busca dos parâmetros interpretativos adequados debruçamo-nos sobre o texto do Código Comercial de 1850. O vetusto e tão criticado texto, ainda fulcrado no conceito de atos de comércio e na figura do comerciante, contava com importantes parâmetros hermenêuticos nesse particular. Atente-se que valorizava os usos e costumes do tráfego comercial mencionando esse parâmetro de forma expressa em vários artigos, como por exemplo, nos artigos 130, 132 e 133. O artigo 131, do mesmo diploma, falava em interpretação no sentido da “inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé”⁹, determinando que esta

⁹ Leia-se julgamento muito interessante, utilizando pauta do Código Comercial: “COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do C. Comercial). Recurso conhecido e provido.” REsp 256456/SP; RECURSO ESPECIAL2000/0039981-7. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102). J: 22/03/2001. DJ 07.05.2001, p. 147, JBCC vol. 191, p. 234, RDR, vol. 20, p. 400

deveria prevalecer sobre o significado literal. Mencionava, também, a interpretação conforme as demais cláusulas em clara intenção de valorizar a hermenêutica contratual baseada na totalidade (art. 131, 2)¹⁰.

Diante do avançado texto do Código Comercial, questiona-se a existência e completude das pautas constantes do atual Código Civil e a melhor maneira de otimizar seus respectivos usos na hermenêutica contratual atual.

O objetivo do presente texto é apontar a forma como deve ser analisado o contrato por adesão interempresarial no direito brasileiro. Para atingir o escopo proposto, o texto foi dividido em duas partes. A primeira parte, está focada no lançamento dos conceitos necessários ao estudo, como ferramentas para a análise. Assim, no primeiro momento, abordar-se-á o fenômeno da adesividade. Posteriormente, estudar-se-á a empresariedade no direito brasileiro. E, finalmente o resultado da associação dos dois fenômenos. Na segunda parte, por sua vez, objetivamos direcionar ao lançamento das pautas hermenêuticas a serem aplicadas aos contratos interempresariais por adesão e a explicitar, ainda que de forma superficial, como deve dar-se a intervenção judicial ou arbitral para aplicá-las. Pretendeu-se ir do delineamento do conceito (contrato por adesão interempresarial) à repercussão prática deste fenômeno (oferecimento das pautas e sua aplicação) tão atual e de necessário debate.

Importante referir que não há nenhuma pretensão de que a listagem das pautas arroladas seja taxativa. Obviamente, outras pautas interpretativas podem ser escolhidas e apontadas pelos juristas. A escolha destas pautas para figurarem no texto decorreu da constatação de que são as mais comentadas encontradas na Doutrina e tribunais brasileiros. Carecendo, todavia, de uma sistematização, que é aqui proposta. Também com relação aos efeitos de aplicação das mencionadas pautas é importante referir que a abordagem foi superficial, com intuito de apontar a existência de controvérsia acerca da matéria, uma vez que esse ponto não está no centro de nossa abordagem.

¹⁰ Sempre interessante ler sobre o cânone da totalidade na interpretação do negócio: BETTI, Emilio. *Interpretazione Della Legge*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 279.

I - PARTE: ADESIVIDADE E EMPRESARIALIDADE

A. O FENÔMENO DA ADESIVIDADE

Nos contratos por adesão interempresariais são partes duas ou mais empresas (ou grupos de empresas) tendo, de um lado, a parte estipulante ou predisponente e, do outro, a parte aderente, entendido como estipulante aquele que apresenta o modelo contratual para aceitação do aderente.

Pode-se definir como contrato por adesão a forma de contratar em que há a emissão de promessa irrevogável para esse efeito, com cláusulas uniformes estabelecidas por uma das partes, com conteúdo prefixado, sendo que o contrato estará formado no momento em que sobrevier a aceitação das cláusulas em bloco. Há, na contratação por adesão, a fixação, de forma unilateral, das cláusulas pela parte denominada estipulante ou predisponente, enquanto à outra parte, dita aderente, resta, tão-somente, aceitar ou não aquilo que foi proposto¹¹. No que foi proposto há uma predeterminação do conteúdo, pois aquele que adere manifesta a aceitação ou não ao pré-formulado pela outra parte, havendo, portanto, uma limitação de liberdade em relação ao aderente a quem só é dado aderir ou não.¹²

Podem ser arroladas, em resumo, três características essenciais do contrato por adesão: pré-disposição, unilateralidade e rigidez¹³.

No dizer de STIGLITZ,¹⁴ talvez a “unilateralidade” seja um de seus traços mais característicos, as cláusulas estão originariamente impressas, sem possibilidade de o aderente impor condições distintas.

Presume-se que a empresa que oferta o contrato tenha realizado a análise prévia e a elaboração de seu conteúdo, uma vez que oferta, ao outro, o texto pronto ou semipronto (quando estivermos tratando de contrato com adesão parcial), o modelo contratual.

¹¹ Interessante ver a definição constante no texto: NAPOLI, Emilio Vito. *Le Condizioni Generali di Contratto nella Giurisprudenza*, p. 16. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V.II. Milano: Giuffrè, 1979.

¹² PINTO MONTEIRO, Antônio. *Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decre-Lei n. 446/85, de 25 de outubro*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, A. 46, 1986, p. 741.

¹³ *Idem*, p. 1106.

¹⁴ STIGLITZ, Rubem S. *El Contrato de Seguro como contrato por adhesión. Clausulas abusivas. Control. I. Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*. *Anais. IBDS*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 99-126.

O contrato celebrado por adesão difere, portanto, do arquétipo tradicional de contrato, composto por tratativas preliminares, acordos de intenção, oferta e aceitação¹⁵, como resultado de uma negociação. ENZO ROPPO chega a afirmar que a contratação por adesão faz parte do movimento de transformação do contrato em “instrumento objetivo e impessoal”¹⁶. Para o autor a contratação por adesão é uma “técnica de conclusão dos negócios”¹⁷ que representa uma forma de desprendimento da esfera psicológica e subjetiva, para atender à velocidade que pede o mercado. A primeira adjetivação parece-nos irretocável: não há dúvida que, aqui, estamos tratando de um instrumento revestido por objetividade na medida em que sua concepção é desprendida da subjetividade. Há a proposta, emitida unilateralmente, e a aceitação ao pré-formulado. Entretanto, não se pode dizer que há um desprendimento total da esfera psicológica e subjetiva. Primeiramente, porque a oferta exarada (modelo de contrato sem aceitação) é fruto dos interesses daquele que a emitiu. Por mais que aquele conjunto de cláusulas já estivesse transformado em condições gerais, ou seja, fosse comumente utilizado pelo estipulante, em outras contratações, ou fosse comum àquele meio empresarial, quando o estipulante as ofertou ao aderente para aceitação, o fez considerando tais cláusulas como suas, as adotou e as avaliou em consonância com seus interesses. O segundo ponto a ser citado, para reafirmar a presença da esfera psicológica, contrariamente ao pensamento de ROPPO, refere-se à análise necessária acerca das condições daquele que aderiu para que se possa ter êxito na interpretação do negócio jurídico realizado. O foco aí, portanto, estará, novamente, na esfera subjetiva.

Assim, conquanto possa ocorrer a objetividade na forma de contratação, porque existem menos fases e mais agilidade destas, os elementos subjetivos continuam presentes e são necessários à nossa análise sobre a nulidade, validade, eficácia e acerca da forma como os contratos por adesão deverão ser interpretados. Estão presentes elementos da esfera subjetiva ainda que operem ocultamente pela instrumentalidade desta forma de celebração.

Importante que se diga que é considerado, o contrato por adesão, um regramento unilateral não apenas em razão da origem, mas também, pelo interesse¹⁸. Face à proposição unilateral, o contrato está direcionado à satisfação da parte que o redige. Porém, há que se

¹⁵ PINTO MONTEIRO, Antônio. *Contratos de Adesão: o regime jurídico...*, 1986, p. 734.

¹⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato...*, 1988, p. 309.

¹⁷ Idem, p. 312.

¹⁸ GIORDANO, Alessandro. *I Contratti per Adesione*. Milano: Ed. Giuffè, 1951, p. 15.

diferenciar o contrato por adesão do contrato unilateral em que há obrigações somente para o proponente, que as fixa de forma e em ato unilateral¹⁹.

Esse ponto leva a uma distinção importante acerca da caracterização do contrato por adesão: há duas posições diversas sobre quando se pode dizer que um contrato é por adesão. Existe um grupo de autores que defende a existência de contrato por adesão, tão-somente no que se refere ao contrato por adesão puro, ou seja, aquele não poderá sofrer qualquer alteração sob pena de não ser mais considerado por adesão. Tem de haver aceitação total ou recusa, sem alteração do conteúdo. Outra posição é aquela que aceita existência de um contrato “parcialmente” por adesão. O conteúdo contratual poderia ser em parte alterado, sem que isso afaste a forma de celebração por adesão. Dentre os doutrinadores portugueses, encontrei eminentes partidários da “adesão parcial”, podendo citar, exemplificativamente, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO²⁰ e ANTÔNIO PINTO MONTEIRO,²¹ que aceitam “eventuais negociações” mesmo quando se trata de contrato por adesão.

O contrato puramente por adesão não possui nenhuma cláusula “negociada”²², porque todas são fruto de um consentimento global sem efetivas negociações. Há que se ressaltar, todavia, que mesmo para os adeptos a essa teoria, a presença de cláusulas impressas denota pré-fixação, mas, a contrário senso, a escrita a mão, por si só, não indica a existência de discussão²³. Somente será afastada a adesão se existiram tratativas em plano de paridade entre as partes²⁴.

No presente momento, o estudo deter-se-á ao período formativo, face à importância deste no contexto da contratação por adesão, partindo-se da premissa de que, com o uso desta forma de contratação, há o oferecimento de um texto contratual pré-elaborado, de forma parcial ou total.

¹⁹ GALGANO, Francesco. Lettera di patronage e promessa unilaterali atipiche. In: *Rivista Contratto e Impresa*, p. 9-16. Padova, Cedam, 1996. O mencionado texto, embora trate de cartas de intenção e promessa unilateral, trás uma definição dos contratos unilaterais.

²⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto. Contratos de Adesão. *Revista Forense*, jan.fev.-mar. 1977, a. 73, v. 257, p. 33-43.

²¹ PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001, p. 1107.

²¹ LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, p. 487 apud REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Buenos Aires: Editorial Astria, 1987, p. 142.

²¹ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos ...*, p. 142 e 171.

²² LARENZ, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, p. 487 apud REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Buenos Aires: Editorial Astria, 1987, p. 142.

²³ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos ...*, p. 142 e 171.

²⁴ CESARO, op. cit., p. 1.

A.1 O período formativo da contratação por adesão interempresarial

A contratação, em sua concepção tradicional, decorre do consenso entre as partes acerca do conteúdo que pretendem dar àquele instrumento jurídico. A partir do momento em que as partes dão as respectivas concordâncias, está o conteúdo fixado.

Na contratação por adesão, não há a concordância acerca de todas as questões formuladas. O aderente carece de poder de negociação e não pode influir na redação do contrato²⁵. Pode-se dizer que há consentimento e não consenso. A “celebração do contrato” está na simples manifestação deste consentimento, naquela adesão ao pré-formulado. A aceitação da proposta, entregue pelo estipulante, deve dar-se no todo, sem que haja discussão e modificação do que está fixado. A aceitação pelo aderente faz perfeito o contrato.

Embora não haja discussão de conteúdo, necessária e imprescindível uma atuação positiva do aderente, uma manifestação de vontade, exarando sua aceitação ao pré-formulado. Essa manifestação tem de ser positiva. O mero silêncio²⁶ assentivo, em regra, não pode ser considerado como concordância²⁷. Imprescindível que a parte aderente exare sua aceitação ou que o silêncio seja qualificadamente significativo, pois, a concordância não pode ser fruto de conclusão interpretativa decorrente do decurso do tempo sem qualquer manifestação ou de algum outro ato que não a concordância em contratar.

Mesmo quando se utiliza o meio eletrônico para a celebração do contrato, e a aceitação poderá estar reduzida a um simples *click*, não há que se falar em silêncio. Esse *click*-aceitação terá de existir sob pena de considerar-se não celebrado o contrato (plano da existência). A contratação será produto, necessariamente, do consentimento expresso. O ato de concordância, ainda que dado por aquele *click*, é necessário e imprescindível para que se perfectize a contratação²⁸.

²⁵ STIGLITZ, op. cit., p. 100.

²⁶ Sobre os efeitos jurídicos do silêncio, interessante ler: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O Silêncio como Manifestação de Vontade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 95. O autor fala da aceitação de faturas em silêncio.

²⁷ ROPPO orienta sobre a banalização da idéia de silêncio como declaração de vontade e afirma que o silêncio, por si, não vale como declaração de vontade. Porém, pode valer como declaração de aceitação. Um comportamento silencioso a indicar a vontade de concluir o negócio será considerado como “comportamento concludente”. ROPPO, op. cit, p. 309.

²⁸ Conclusão que retirei dos vários textos lidos e da prática na advocacia. Sobre formação do contrato ler: FERRARI, Franco. La Formación do Contrato. In: GALGANO, Francesco (coord.). *Atlas de Direito Privado Comparado*. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2000, p. 136.

As situações ocorridas antes de ser dada a aceitação poderão ser enquadradas no campo da responsabilidade pré-contratual²⁹. Embora, a princípio, casos de responsabilidade pré-contratual, existem algumas relações jurídicas que podem suscitar dúvidas acerca da qualificação. Um exemplo que podemos citar é no campo das relações securitárias. Na contratação por adesão é necessária manifestação da parte aderente para que seja ultimada a adesão. Há uma declaração receptícia dirigida a desencadear a eficácia contratual. A regra é que o silêncio assentivo não possa ser aceito como manifestação de vontade. Entretanto, no contrato de seguro, é o corretor que efetiva a adesão em nome do segurado. Questiona-se, assim, a possibilidade de se considerar efetivada a adesão se o corretor não a consumou de fato. O simples contato com o corretor poderia ser apontado como ato que consuma a adesão? Sabe-se que *ex vi* do art. 758 o contrato prova-se com a emissão da apólice. Porém, se o segurado confiou, justificadamente, que a apólice seria emitida e esta não o foi por negligência do corretor, poderá sobrevir eficácia indenizatória. Se o corretor pode aderir em nome do segurado e não o fez, embora tivesse a obrigação de fazê-lo, não pode o segurado responder pelos prejuízos decorrentes de sua omissão. Obviamente que a seguradora, posteriormente, poderá buscar indenizar-se de eventuais prejuízos indo contra o corretor³⁰.

Outro exemplo, também retirado das relações securitárias. Pode ocorrer que a seguradora, após constatar a grande possibilidade de sinistro, para aquele aderente, recuse a contratação, por conta da constatação de alta frequência sinistral anterior (do aderente), assim rechaçando a aceitação do aderente. Pergunta-se: poder-se-á falar em contrato celebrado porque houve a oferta para aquele segurado e este aderiu ao instrumento contratual? Tratando-se de contrato a ser celebrado por adesão, uma vez ultimada a adesão considera-se consumada a contratação, não podendo a seguradora esquivar-se da responsabilidade, desde que se possa considerar finalizado o ciclo formativo do contrato.

A.1.1 Peculiaridades do dever de informar das partes no período formativo do contrato

O dever de informar, por parte do estipulante, pode ser separado em dois momentos quando a contratação é realizada por adesão: na fase pré-contratual (que vai até a aceitação) e

²⁹ A esse respeito tratou: GARCIA, Enéas Costa. In: *Responsabilidade pré e pós- contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

³⁰ Sobre os elementos qualificadores da valoração do silêncio vide: TUTIKIAN, Priscila David Sansone. O Silêncio na formação do contrato. Dissertação de Mestrado. Orientadora: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister, UFRGS, 2007, inédito.

durante o desenvolvimento contratual. SINDE MONTEIRO ressalta que na fase preparatória para a celebração, durante o “contato” entre as partes, há um alargamento do dever de informar³¹. Isso porque qualquer informação, dada neste momento ou omitida, poderá influenciar na única opção que tem o aderente, qual seja contratar ou não.

Falar em fase pré-contratual significa apenas a tentativa de referir-se ao período que antecede a consumação da aceitação, porque não existem, na contratação por adesão, as tratativas.

Pergunta-se: O que significa dizer que inexistem tratativas? Isso, obviamente, não significa que inexista contato prévio entre as partes. Pode ser que aquele contrato seja apenas mais um celebrado entre aquelas partes que já tenham amplo conhecimento um do outro e das respectivas condições de contratação. Apenas deve-se entender que o contrato é “imutável”. Se o aderente quer contratar, terá de fazê-lo daquela maneira, sem discussão de cláusulas.

A pauta da boa-fé deverá reger toda a atuação do estipulante e dela decorrerá o dever de informar que importará na obrigação, imposta ao estipulante, de dar a informação clara, precisa e verdadeira. Em todo o contato prévio, entre as partes, o estipulante deverá cingir-se por este dever e fornecer a informação precisa ao empresário-aderente. Assim, deverá: dar a conhecer o conteúdo do contrato, esclarecer o aderente acerca das condições de seu negócio quando estas sejam determinantes para a adesão etc.

SINDE MONTEIRO³² menciona interessante informação acerca do direito inglês: naquele sistema, em regra, não há nenhum dever geral de informar a outra parte sobre fatos que ela desconheça e influenciem a sua decisão de contratar. A cada qual cabe cuidar de seus próprios interesses.

Diante da colocação do doutrinador português acerca do sistema inglês, interessante opor um questionamento: para o direito brasileiro, em que medida tem de ser “transparente” o estipulante quando fornece informações a respeito do seu negócio, considerando que a sinceridade absoluta, aplicada ao meio empresarial, estanca a maioria dos negócios?

Há que se considerar que, no campo das relações empresariais, presumem-se plenas as condições do aderente em conhecer a situação real daquele com quem está contratando. Não há que se falar em presunção de “vulnerabilidade” nesta realidade. Não há presunção de deficiência informativa em relação ao aderente.

³¹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 49.

³² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, p. 154.

Nesse sentido foi o posicionamento do STJ em julgamento que discutiu a **possibilidade de conhecimento** por parte do contratante de todas as situações que envolvem o contrato. Tratava-se de contrato por adesão celebrado entre um banco, uma construtora e o adquirente do imóvel, sendo que a construção do prédio ficou a cargo de empresa que veio a falir. A decisão do STJ foi no sentido de que o banco tinha plenas condições de conhecer a situação comercial da empresa, que não cumpriu sua parte do contratado, não concluindo o empreendimento imobiliário.

EMBARGOS DE TERCEIROS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. FALTA DE REGISTRO. HIPOTECA. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. A falta de registro do contrato de promessa de compra e venda de unidades residenciais integrantes de empreendimento imobiliário não impede a defesa da posse por embargos de terceiros, oferecidos pelos promissários compradores contra a execução hipotecária promovida pelo banco credor de cédula de crédito comercial emitida por empresa integrante do mesmo grupo da construtora dos apartamentos, figurando esta como garantidora do financiamento. Ao celebrar o contrato de financiamento, **facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa fé.** (REsp 287774/DF; Recurso Especial 2000/0118990-5. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Julgado em 15/02/2001)

Em suma, há para a contraparte-aderente o ônus de se informar. O empresário-estipulante não é obrigado a informar ao empresário aderente acerca da situação geral de seu negócio, mas quando o fizer, para induzir o aderente a contratar, não poderá utilizar informação falsa sob pena de estar violando o dever de informar que lhe era imposto. Certamente, a atuação mentirosa é contrária à boa-fé. A assimetria informativa é combatida porque o escopo é que não seja fraudada a confiança³³.

Diante dessa colocação, o estipulante que pretende transmitir uma sociedade ao aderente, por exemplo, e lhe fornece prospectos que tratam da situação financeira da empresa, os quais contenham dados falsos, deverá responder por violação ao dever de informar imposto pela pauta da boa-fé.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. Boa-fé objetiva e deveres de informação dos administradores. Disponível em <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-set2004/artigo2.html>>. Acesso em 22.03.2007.

Importante mencionar o dever de sigilo, ou seja, o dever de não informar, o qual opera em relação a quaisquer informações que se possam caracterizar como privilegiadas e que, se difundidas de forma inadequada, tenham a potencialidade de gerar especulações com efeitos nocivos. A infração conduz à responsabilidade pelo dano que, no período formativo estará no campo pré-contratual³⁴.

Obviamente, que qualquer atitude omissiva, que possa gerar lesão ao outro contratante, ou mesmo vantagem àquela parte que omitiu, deverá ser combatida, com fundamento no dever de informar que lhe era aplicável. Vejamos um exemplo de julgamento do STJ.

CIVIL. SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – PLANO DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL (COBERTURA TOTAL)', ASSIM NOMINADO NO CONTRATO. As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ. REsp 264562/SE; Recurso Especial. 2000/0062736-4. Relator: Ministro Ari Pargendler. T3 Terceira Turma, Julgado em 12/06/2001)

Dentre os deveres principais do estipulante está o de possibilitar o pleno conhecimento do conteúdo contratual àquele que adere. Tem o dever de informar, deve agir com clareza e possibilitar o pleno acesso ao conteúdo contratual. Esse dever se concretiza, primariamente, pelo dever de dar a conhecer as cláusulas e não dificultar a sua compreensão.

A comunicação do conteúdo do contrato tem de ser adequada e com a devida antecedência, de modo a possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência ou não de condições gerais que irão integrar o contrato³⁵.

Em contrapartida, se o estipulante cumpriu esse dever, não poderá o aderente se esquivar daquilo que aderiu. Assim, por exemplo, se uma empresa loca de outra um espaço em *shopping center* e concordou com o valor das luvas, não poderá, *a posteriori*, alegar o excesso daquele valor. Prevalecem as condições livremente pactuadas, mormente porque o

³⁴ Idem.

³⁵ PINTO MONTEIRO, Antônio. Op. cit, p. 1111.

aderente firmou o contrato com autonomia e conhecimento prévio do conteúdo de locação, embora este tenha sido celebrado por adesão³⁶.

Quando a contratação fizer uso de condições gerais, o cumprimento do dever de dar a conhecer as cláusulas alcançará ainda maior importância, pois estas poderão estar fora do contrato ofertado para aceitação. Nesse caso, cabe avaliar o acesso que tinha o aderente àquelas condições gerais, se o estipulante, por exemplo, informou a este aderente onde estariam as mencionadas condições.

Além de propiciar o acesso às cláusulas, caberá, também, ao estipulante o dever de fixá-las de forma clara. Certo que, aqui, a presunção é de igualdade intelectual entre as partes. Entretanto, cabe ao estipulante fixar as cláusulas da forma mais clara possível.

A obrigação do estipulante em fixar as cláusulas contratuais de forma clara encontra-se em consonância com a tendência de uso de uma terminologia mais clara no campo contratual³⁷. Deverá evitar o uso de termos técnicos se esta utilização não for a *praxe* para aquela relação jurídica ou para aquele grupo de empresários que atua no ramo. Obviamente que, sendo a matéria ou os termos, desconhecidos para o aderente, e não houver nenhum esforço do estipulante para esclarecê-la sua atuação estará em evidente descumprimento a este dever, o que, evidentemente, não afasta o dever, por parte do aderente, de diligência para com os próprios interesses.

Nos contratos internacionais é prática o uso dos ICOTERMS, que são siglas simbolizando determinada atuação ou condição contratual. Quando tal utilização for da prática em certo ambiente contratual, relação jurídica negocial ou tipo contratual, obviamente, não se configura o dever de esclarecimento, não havendo qualquer ilegalidade ao empregá-los ou desrespeito ao dever de clareza que tem o estipulante.

Outro ponto importante para a concretização do dever de clareza verifica-se quando da utilização de idioma diverso daquele do aderente. Caso o emprego de idioma estrangeiro seja para dificultar a compreensão do aderente haverá descumprimento do dever de clareza³⁸. Sempre há maior risco quando se adota uma língua diversa³⁹ da comumente utilizada pelo

³⁶ Um exemplo neste sentido: (Apelação Cível nº 70018607226, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: PAULO AUGUSTO MONTE LOPES, Julgado em 07/03/2007).

³⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto del Duemila*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2205. p. 15

³⁸ Nesse sentido: Apelação Cível nº 188047500, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO, Julgado em 27/10/1988.

³⁹ JAYME, Erik. *Le Condizioni Generali di Contratto nei Rapporti giuridici italo-tedeschi*. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V. I. Milano: Giuffrè, 1979, p. 194. Trata aí das relações entre italianos e alemães.

aderente. Nos contratos internacionais é prática a elaboração dos contratos em duas ou mais línguas. Tal técnica, sem dúvida, auxilia o processo de interpretação e não representa qualquer infração ao dever de clareza desde que uma das línguas utilizadas seja acessível ao aderente.

A utilização de documentos em outras línguas é essencial para a atividade de exportação, precipuamente aos contratos de agência e distribuição. Trata-se de relações jurídicas que, geralmente, envolve empresas de países diferentes com idiomas diversos. Em razão dessas colocações, julgadores brasileiros têm considerado válidos contratos e documentos emitidos em razão destas relações contratuais e que estejam em língua estrangeira⁴⁰. Não haveria sentido, tendo-se ciência que os contratantes sempre se relacionaram daquela forma, trocando documento em línguas diversas, e, posteriormente, simplesmente negar eficácia a estes. Diferentemente se a relação for considerada de consumo porque detectada, ali, a figura do consumidor, o contrato em língua estrangeira será considerado ineficaz⁴¹.

Uma atuação que tem sido repelida e que pode representar descumprimento do dever de clareza é a utilização de letras de pequeno tamanho a ponto de dificultar a compreensão ao aderente.

O dever do aderente de dar a conhecer o conteúdo do contrato de forma plena implica que permita que o aderente tenha o intervalo temporal necessário para tomar ciência do texto contratual⁴². Não se pode admitir que um sujeito reste voluntariamente obrigado sem ter plena ciência do vínculo⁴³, sem que seja dado a este tempo de conhecer o instrumento que o está vinculando.

O dever de informar também alcançará o aderente. Assim, por exemplo, no contrato de seguro onde deverá informar o predisponente do risco sinistral. Nas contratações securitárias por adesão este dever é de grande importância. Citando um exemplo: o aderente informa da forma devida acerca de uma problemática de saúde pré-existente, mas a doença está prevista como excludente no contrato por adesão. O aderente responde o formulário prestando informações verdadeiras, e a seguradora considera celebrado o contrato. Pergunta-se: é eficaz

⁴⁰ Exemplo de julgamento neste sentido: TJRS. Apel. Cível: 70016223125. 15 Cam. Cível. Des. ANGELO MARANINCHI GIANNAKOS (RELATOR).

⁴¹ A esse respeito interessante o julgamento: (Apelação Cível nº 197267263, Nona Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, Julgado em 14/04/1998)".

⁴² LUDWIG, op. cit., p. 143.

⁴³ FERRARI, Franco. La Formación do Contrato. In: GALGANO, Francesco (coord.). Atlas de Direito Privado Comparado. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2000, p. 149.

a contratação? Pode ser negado o pagamento, porque alegada a excludente por parte da seguradora com fulcro em doença preexistente?

Entende-se que deva ser imposta a obrigação de pagamento à seguradora porque aceitou o contrato e recebeu as prestações, tendo conhecimento das informações prestadas pela parte aderente. Teve ciência do respectivo problema do segurado, não poderá apoiar-se naquela cláusula para não pagar o valor do seguro⁴⁴.

Sobre a violação do dever de informar, imposto ao aderente, é importante mencionar um questionamento: quais as conseqüências que o não uso da “comum diligência” poderá gerar para o aderente?

JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO⁴⁵ nos dá a resposta ao questionamento, defendendo que o critério da cognoscibilidade é, tão-somente, um padrão normativo de conduta exigível, portanto, nenhuma conseqüência jurídica desvantajosa poderá ser imposta ao aderente se a descumprir. Não ficará, o aderente, por exemplo, inibido de invocar a nulidade das condições gerais.

A.1.1.1 O dever de informar e a responsabilidade por conselhos e recomendações

O objeto de estudo deste ponto é o dever de informar que têm as partes neste momento contratual, ou melhor, nesta fase ainda anterior à celebração do contrato pela adesão. Trata-se da avaliação da conduta da parte para verificar se cumpriu este dever positivo seu, forneceu ou não a informação e, se o fez, se esta informação (em sentido amplo) importou em efetivo cumprimento deste dever. Uma vez que se conclua que não foi dada a informação devida, falar-se-á em descumprimento do dever de informar. Por outro lado, se esta informação foi insuficiente ou errônea ter-se-á que avaliar a responsabilidade que tinha o contratante por esta informação. Aí, então surge o questionamento: esse contratante pode ser responsabilizado por toda a informação (gênero) que exara? Responde por simples conselhos ou recomendações?

⁴⁴ Um exemplo, embora seja caso de relação de consumo, bem aclara a situação. Mutuária adere a contrato de promessa de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, junto a instituição financeira, sendo obrigada a contratar o seguro do mesmo banco. Quando preenche o questionário declara-se portadora de hidrocefalia, o banco recebe a documentação, o contrato por adesão assinado, e aceita o pagamento das prestações. Como a hidrocefalia tratada permite a vida normal, a consumidora sobrevive por 10 anos e vem a falecer. Banco recusa o pagamento do seguro que quitaria o imóvel sob o fundamento de doença, pré-existente. Não se pode aceitar a atitude do banco uma vez que este aceitou as condições da mutuaría e lhe foi dada plena ciência por parte desta. Exemplo retirado da prática como advogada.

⁴⁵ RIBEIRO, op. cit., p. 32.

Primeiramente, necessário que se distinga estes três aspectos da comunicação pré-contratual para que se possa, num segundo momento, discutir a responsabilidade ou não do contratante que o emite.

A palavra “informação” é utilizada em sentido amplo, abrangendo outros significados como, o conselho e a recomendação. Entretanto, há que se discernir estes conceitos para que se possa avaliar o cumprimento ou não do dever de informar imposto a cada uma das partes.

Dar um conselho significa “dar a conhecer a uma ou outra pessoa o que, na sua situação o que se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse em seu lugar”. Trata-se de exortação expressa ou implícita, mas nunca vinculativa para o destinatário, aquele que a recebe pode agir da forma indicada ou de qualquer outra que entenda apropriada⁴⁶.

A recomendação é subespécie de conselho. Traduz-se na comunicação de boas qualidades de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar a escolha daquele para quem está sendo dirigido. O conselho é uma recomendação mais forte⁴⁷.

A informação, a seu turno, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de fato, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de fatos objetivos, estando ausente uma expressa ou tácita, “proposta de conduta”. Na informação, portanto, não há nenhuma indicação de como a parte deva agir⁴⁸.

Citando um exemplo para aclarar essas definições. Uma corretora de valores que, em regra, utiliza contratos celebrados por adesão para disciplinar as relações com seus clientes. No *site* desta corretora, encontra-se um gráfico que retrata o desempenho da rentabilidade das ações de uma determinada empresa, sendo esta empresa pouco conhecida no mercado. Trata-se de uma informação no sentido exato dessa definição, isso é, apresentam-se dados, sem emitir opinião.

Uma recomendação existirá se, ao lado dos gráficos de evolução das ações, constar, na mesma página, um “link⁴⁹” denominado “ações recomendadas”, ingressando-se nesta parte do *site* estarão listadas as empresas cujas ações estão sendo indicadas.

⁴⁶ MONTEIRO, op. cit., p. 14.

⁴⁷ Idem, p. 15.

⁴⁸ Idem, p. 16.

⁴⁹ ícone para ingresso em outra parte do *site*.

É indiscutível que as informações (gênero) dadas por profissionais que são ou aparentam ser competentes, suscitam um grau elevado grau de confiança⁵⁰. O poder de convencimento que operará um conselho do gerente bancário acerca do melhor investimento será absolutamente diverso daquele dado por um amigo que diz utilizar aquele produto. Em razão dessa fácil constatação, discute-se a responsabilidade que sobrevém quando este profissional fornece a informação. A dificuldade de aplicação desses conceitos, nas inúmeras situações que podem envolvê-los tem gerado controvérsias. Precipualemente porque o nosso Código Civil não conta com qualquer dispositivo a esse respeito, diferentemente do que ocorre no direito português, por exemplo.

Atente-se que o art. 485, n. 1, do Código Civil Português é expresso no sentido de afastar a responsabilidade do contratante estabelecendo “os simples conselhos recomendações e informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência de sua parte” e no n. 2:

a obrigação de indenizar existe, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando haja o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar ou quando o procedimento do agente constitua fato punível.

Porém, a doutrina portuguesa faz a distinção entre os “simples conselhos” e aqueles aludidos no n. 2, retro-transcrito, conferindo interpretação ampliativa a esta última regra.

No direito brasileiro, na realidade de contratação por adesão, é possível invocar a responsabilização do estipulante por conselhos, recomendações e, precipualemente, por informações que fornece ao aderente. Assim, no exemplo dado acima, do *site* da corretora de valores, esta deverá responder por toda a informação dada face à natureza da contratação e porque os conselhos, recomendações e informações estão ligados à sua atividade e, precipualemente, ao objeto da contratação, qual seja a prestação de consultoria financeira aos investidores (aderentes).

Cito outro exemplo: um contrato por adesão celebrado entre uma agência exportadora de carne (aderente), e empresa de logística, ambas localizadas no Brasil. O objeto do contrato era transportar contêiner de carne de porco até um país do norte europeu, sendo que, para realização do transporte, a empresa de logística (estipulante) recomendou duas rotas. A rota

⁵⁰ MONTEIRO, op. cit., p. 587.

mais barata incluía uma parte de transporte rodoviário que seria efetuado pelo interior da Itália. Ocorre que não é permitido o trânsito de carne de porco de procedência externa pela via terrestre, atravessando a Itália. A carga chega ao porto de Livorno e lá permanece retida gerando grandes despesas de depósito até que a empresa de logística obtém transporte marítimo e a carga chega ao destino. A empresa de logística (estipulante) tenta cobrar da aderente os valores gastos com depósito no porto de Livorno.

No exemplo, é evidente a necessária responsabilização da empresa de logística. Embora a menção das duas opções de transporte tenha sido nominada como mera “recomendação” pela estipulante, houve clara violação do dever de informar desta, porquanto não tenha esclarecido a aderente acerca dos riscos que envolvia a escolha de menor preço. Além disso, é obrigação daquela que presta o serviço conhecer sua atividade e no caso restou claro o desleixo da estipulante neste sentido, faltou por parte desta o “cuidado exigível do tráfico⁵¹”.

Nas relações bancárias é muito comum que os contratos por adesão sejam múltiplos. Enquanto cliente, o empresário, recebe uma série de informações dos empregados do banco. A instituição financeira responde por todas essas informações. Assim, por mais que inexistam um contrato de “consultoria de investimento”, quando o gerente indica determinada aplicação como segura e esta não é, deve responder por sua atitude seja com fundamento “na unicidade negocial”, tratada por ARNOLDO WALD⁵², seja porque a informação está intimamente ligada à atividade profissional daquele que a emitiu e à relação profissional que mantém as partes. Há, aqui, a pressuposição, por parte do empresário, de que a informação seja verdadeira, em razão da “aparente competência” do gerente.

De todo o exposto se conclui que, em relação aos contratos empresariais celebrados por adesão, a informação (gênero - abrange recomendações, conselhos e informações propriamente ditas) dada em conexão interna com a relação negocial não pode ser considerada da mesma forma daquela dada “desgarrada”⁵³, devendo haver responsabilização da parte que a emitiu.

⁵¹ Expressão citada por MONTEIRO, analisando a vasta jurisprudência alemã que trata sobre a prestação de conselhos de uma empresa a outra. Op. cit., p. 56

⁵² WALD, Arnoldo. Da Invalidez de cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, v. 5, n. 13, a. 1975, p. 243.

⁵³ MONTEIRO. Op. cit, p. 321.

A.1.1.2 O dever de aviso de proibição e de instrução

Duas situações são detectadas, neste particular: quando o estipulante pode e quando não pode influenciar na situação de perigo. O meio mais simples de combater um perigo consiste em aviso de sua existência.

No campo do fabrico de produtos farmacêuticos fala-se em “perigos de aplicação” (para propiciar o uso correto e evitar o incorreto) ou a “perigos de efeitos secundários” (podem resultar de um uso mesmo sendo este correto)⁵⁴.

Para que se possa, mais facilmente, entender a abordagem deste ponto, inicia-se com um exemplo. Trata-se de contrato de compra e venda entre uma empresa importadora de produtos médicos e uma clínica de cirurgia plástica. O objeto é o fornecimento de um determinado número de próteses de mama de silicone. Deverá o vendedor-estipulante fornecer a advertência acerca de eventuais perigos que o produto possa causar. Assim, com relação ao exemplo das próteses para evitar os ditos “perigos de aplicação” (para propiciar o uso correto e evitar o incorreto), o estipulante dirá como deverá ser colocada a prótese, caso esta implique modificação ao que já é de uso corrente na área médica, e para evitar os “perigos de efeitos secundários” (podem resultar de um uso mesmo sendo este correto) deverá dizer que esta prótese não poderá ser utilizada para pessoas que tenham determinadas características.

Poder-se-ia questionar: mas não seria o rotineiro do profissional adquirente que atue naquela área que tenha conhecimento das especificações acerca daquele produto se o utiliza na sua rotina empresarial?

A informação deverá ser adequada ao grupo ou ao indivíduo que pretende atingir. A solução, portanto, deve ser sempre no sentido de que o conteúdo “excepcional” da contratação é que deva ser ressaltado e demonstrado de forma clara. Assim, no exemplo das próteses se for caso de material com novo conteúdo, nova composição, novo risco, o dever de esclarecimento (dever de informar) acerca do produto deverá se intensificar, de modo que o aderente possa fazer a opção informada de contratar ou não.

⁵⁴ Idem, p. 326.

Cabe ressaltar que o bem jurídico envolvido, nos contratos médicos e que envolvem produtos farmacêuticos, é a vida humana e disso decorre a potencialização do dever de informação imposto ao estipulante.

A utilização, no texto contratual ou em qualquer manifestação informativa que o integre (*folders*, prospectos etc.), de linguagem técnica específica ou expressões em língua estrangeira não importará em violação do dever de informar se essa for a prática para aquele meio empresarial.

A.2 O texto contratual como “proposta” de contrato

Na contratação por adesão, o estipulante entrega ao aderente a proposta contratual que é o próprio texto contratual futuro (no todo ou em parte, conforme se esteja tratando de contrato por adesão total ou parcial), apenas sem a aceitação.

A definição de proposta, para os contratos em geral, no dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA, esclarece que “a proposta é a manifestação de vontade de uma parte contratante, que solicita a vontade acorde da outra parte. Ela, só por si, não gera o contrato [...]” e mais adiante, complementa “[...] de modo que dada a aceitação esteja formado o contrato”⁵⁵.

A proposta tem de ser suficientemente precisa para que, se aceita, importe em vinculação daquele que a emanou e pode estar endereçada a uma pessoa, a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas⁵⁶.

Na seara da contratação por adesão, o texto contratual sem aceitação, entregue pelo estipulante para que o aderente o aceite, será considerado a proposta. Acrescente-se que os elementos integrantes do conteúdo da proposta poderão estar em outros textos e não apenas na proposta entregue com o instrumento contratual, por vezes sucinto, de maneira que se torna de grande importância aquilo que foi veiculado através dos recursos publicitários. As declarações externas ao texto contratual, expressas através desses meios, passam a fazer parte integrante da proposta e do futuro contrato. Essa situação poderá sobrevir, por exemplo, quando o empresário fizer uso de *folders*, veicule propaganda em *outdoors* etc. Qualquer publicidade de

⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 5. ed., v. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 247. Comentando o art. 1080 do CC de 1916, o qual tratava da proposta.

⁵⁶ Definição constante da Convenção da ONU de 1980, art. 14, § 2º.

que tenha conhecimento o aderente e que se refira àquele contrato que está envolvido poderá ser considerada como integrante do texto contratual, se assim o indicarem as circunstâncias do caso, sendo então dever do ofertante promover o cumprimento contratual da maneira que na publicidade foi prometido⁵⁷.

Assim, será parte integrante da contratação por adesão aquela declaração pública que mencione a exclusividade, nos contratos de agência e distribuição⁵⁸, utilizando como meio de divulgação um jornal, por exemplo.

A proposta poderá ser produto de regramento específico e novo para aquela relação jurídica ou fazer uso de condições gerais, como analisarei no próximo ponto.

A.2.1 A utilização de condições gerais

No Brasil, no campo das relações empresariais⁵⁹, as condições gerais não contam com disciplina legal específica como ocorre em outros países, como Portugal, por exemplo, (Decreto-Lei 220/95, Decreto-Lei 446/85, motivado pela Diretiva 93/13/CEE).

A contratação por adesão utiliza-se, geralmente, de condições gerais⁶⁰, ou seja, de cláusulas padronizadas⁶¹. Esse instrumento torna a celebração por adesão ainda mais ágil porque as nomeadas “condições gerais” contam, muitas vezes, com o conhecimento prévio da parte aderente ou são parte da prática contratual naquele meio empresarial.

ORLANDO GOMES conceitua condições gerais como sendo “o conjunto de regras que um empresário estabeleceu para fixar os direitos e obrigações dos contratos que sobre determinado tipo de prestações pretende celebrar.”⁶²

Muito se tem discutido acerca da natureza jurídica das condições gerais, são arrolados, geralmente, três posicionamentos a esse respeito:

⁵⁷ Nesse sentido são as decisões do STJ, vejamos como exemplo o RESP: REsp 514432/SP; RECURSO ESPECIAL 2003/0026844-6. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108).

⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados: Da Agência e Distribuição*, p. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil) Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, Coordenador juntamente com Judith Martins-Costa.

⁵⁹ A disciplina legal está restrita ao campo das relações de consumo, observe-se o art. 54 e o art. 51, que aborda as cláusulas abusivas.

⁶⁰ STOLL, Hans. *La Nuova Legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, p. 269. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V. I. Milano: Giuffrè, 1979.

⁶¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 220.

⁶² GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil: O Poder Legislativo da Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 51-62.

O primeiro deles afirma que as condições gerais do contrato colocam-se como fato normativo, como criação de um ordenamento jurídico, de uma organização de relações por parte de sujeitos diversos daqueles que normalmente dispõem⁶³. Segundo esse entendimento, o empresário ao estabelecer as “condições gerais” estaria como que legislando⁶⁴. O fundamento dessa posição é o grande grau de difusão e objetividade e que poderiam levar a assimilá-las no uso mercantil normativo⁶⁵, seriam fonte de direito consuetudinário.

Tal entendimento pode ser facilmente rebatido quando se atente que o empresário (emitente) pode ser comparado ao legislador. A semelhança entre empresário e legislador é muito pequena para que se veja nas condições gerais algo semelhante ao processo legislativo. Ambos criam normas, mas, a produção de condições gerais pelo empresário, no máximo, abarcará ou poderá ser aplicada a um grupo que esteja sob a égide daquele(s) contrato(s) ou daquela(s) relação(ões) jurídica(s).

E, fundamentalmente, aos empresários falta o “poder normativo”⁶⁶. Ademais, essas condições gerais, por mais que criadas para várias contratações (generalidade), não podem ser consideradas como se fossem leis, faltam-lhe, ainda, as características essenciais da legislação, quais sejam, abstração e validade normativa. O desconhecimento da lei não pode ser alegado, face à publicidade que lhe é concedida pela forma como é emanada, passa pela publicação etc.⁶⁷. A lei já nasce aprovada enquanto as condições gerais, por mais que tenham sido aprovadas por uma autoridade de controle, dependerão de aprovação posterior⁶⁸.

O segundo posicionamento identifica as condições gerais com a figura dos usos. Porém, as condições gerais não podem ser vistas como usos, pois não importam em expressão de vontade generalizada. São manifestações unilaterais daquele estipulante. Além disso, também não são anônimas como os usos. Não há, em relação aos usos, um emitente determinado, diferentemente do que ocorre em relação às condições gerais que são exaradas pelo predisponente⁶⁹.

O terceiro posicionamento, mais comumente aceito, vê nas condições gerais, caráter contratual. Os argumentos desta teoria são os seguintes: (i) as condições gerais são um

⁶³ COSTANZA, Maria. *Natura Normativa delle Condizioni*. P. 159. In: BIANCA, Máximo. *Le Condizioni Generali di Contratto*. V. 1. Milano: Giuffrè, 1979.

⁶⁴ GOMES, op. cit., p. 51-62.

⁶⁵ STIGLITZ, op. cit., p. 107, 2001.

⁶⁶ As objeções que encontramos no texto: STIGLITZ, op. cit., p. 108, 2001.

⁶⁷ O tema também foi abordado em: MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Contratos de Adesão*. *Revista Forense*, jan.fev.mar./1977, a. 73, v. 257, p. 33-43.

⁶⁸ STIGLITZ, op. cit., p. 108, 2001.

⁶⁹ Idem, p. 109.

conjunto de regras que um grupo ou ramo de empresários estabeleceram para fixar o conteúdo dos contratos que sobre um determinado tipo de prestações pretendem celebrar, ou seja, aceitas as condições, tornam-se texto do contrato; (ii) o fato de terem sido emitidas por uma das partes não exclui o caráter contratual, sendo a adesão uma aceitação de oferta, e há, nos contratos celebrados por adesão, verdadeiro consentimento, o vínculo é formado de maneira voluntária e livre; (iii) o fato de não existirem as tratativas não afasta o caráter contratualista porque a exigência, nos contratos, é que as partes cheguem a um ponto de consenso, o qual existe na contratação de condições gerais, pois, o aderente as aceita; (iv) quando aparecem as condições gerais, nas legislações⁷⁰, estas estão inclusas na parte que trata da contratação por adesão⁷¹.

Pode ocorrer também que apenas as condições gerais do contrato estejam predispostas e as demais sejam ‘negociadas’. Nessa situação, as condições gerais estarão inseridas em contratos de conteúdo parcialmente negociado. Será o caso de um contrato parcialmente por adesão⁷².

A forma de contratar é por adesão às condições gerais que podem ser utilizadas pela empresa. Logo, a expressão “contrato de adesão” pode indicar – ao menos na prática do foro – o uso das condições gerais mediante a forma de contratação por adesão, conquanto, a rigor, um não se subsuma no outro e nem se identifique ponto por ponto. A característica precípua das condições gerais do contrato é a rigidez, o outro contraente deve aceitar em bloco ou recusar, sem concorrer na formulação⁷³.

JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO aponta a utilização das cláusulas contratuais gerais como sendo a “chave explicativa” para a necessidade de proteção ao aderente repetida em todo mundo e consagrada de forma universal⁷⁴. A colocação do autor pode ser objetada porque se entenda que signifique considerar como sinônimas a contratação por adesão e as condições gerais. A motivação fundamental da preocupação em proteger o aderente é a celebração por adesão, ou seja, a aceitação do pré-formatado sem a possibilidade de modificação, o que poderá promover a inclusão de cláusulas abusivas. Dizer que um conjunto de cláusulas são gerais (condições gerais) significa imputar-lhes, tão-somente, a condição de

⁷⁰ No Brasil, não há abordagem legislativa deste instituto jurídico, mas ele está presente em outros países como Portugal, por exemplo.

⁷¹ STIGLITZ, op. cit., p. 109, 2001.

⁷² Vide NAPOLI, op. cit., p. 5.

⁷³ NAPOLI, Emilio Vito. *Le Condizioni Generali di Contratto nella Giurisprudenza*, p. 7. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V.II. Milano: Giuffrè, 1979.

⁷⁴ *Idem*, p. 344.

molde, a ser aplicada em diversos contratos ou em diversas relações jurídicas. Não há, aí, nenhum condão impositivo ou unilateral. Nada impede que as condições gerais tenham sido objeto de discussão ampla entre dois grupos de empresários, o que tenha gerado a utilização, daquele conjunto de cláusulas, no meio a que pertencem. A imposição de condições gerais, por si só, não justifica a inferioridade e a conseqüente necessidade de proteção. As cláusulas gerais podem ter sido consideradas tão justas que tenham sido incluídas na legislação, por exemplo. Em uma outra hipótese: pode ser que a contratação seja celebrada por adesão mas que não seja uma adesão a condições gerais, a parte estipulante pode ter criado um texto contratual para adesão apenas em relação àquele evento e para aquele aderente.

Em síntese, as condições gerais são o provável conteúdo da contratação celebrada por adesão e a adesão é a verdadeira origem da necessidade de proteção.

Para facilitar a compreensão, lembre-se um tipo contratual em que a presença das condições gerais comumente ocorre: os contratos de seguro de carga para transporte celebrado entre empresários bem como os contratos utilizados entre os agentes ou distribuidores e seus clientes empresários, tal qual agora regulado pelo artigo 710 do Código Civil de 2002. Nesses, o agente ou distribuidor possui uma carteira de clientes e aos seus clientes vende os produtos de determinadas empresas com quem contata para esse fim⁷⁵.

O contrato de distribuição “é o contrato em virtude do qual uma das partes, denominada distribuidor, se obriga a adquirir da outra parte, mercadorias geralmente de consumo massivo para posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio, estipulando como contraprestação da intermediação um benefício ou margem de revenda”⁷⁶. Pressupõe a fixação de uma zona determinada, e o agente desfruta de autonomia econômica e funcional. Nos contratos que envolvem exportação, o normal é que o agente atue para um “mercado”, ou seja, atuará agenciando vendas para os clientes que se encontram na Rússia ou “na Ásia”, por exemplo. Entretanto, a omissão da zona não desfigura a agência⁷⁷.

Interessante mencionar que, nos contratos internacionais celebrados por empresários-agentes com seus clientes-empresários (que se encontram no exterior), verificamos o uso de instrumento denominado “*pro forma in voice*”. Esse documento possui as cláusulas que regulam a contratação. Trata-se, na verdade, do próprio instrumento contratual, que será

⁷⁵ Termo utilizado em: ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados: da Agência e distribuição*, p. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil) Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, Coordenador juntamente com Judith Martins-Costa.

⁷⁶ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 75.

⁷⁷ ASSIS, op. cit, p. 198.

celebrado por adesão. Considera-se celebrado o contrato quando exarada a aceitação, àquelas condições, pelo aderente comprador externo.

Existem requisitos para a inclusão de condições gerais; na medida em que não sejam cumpridos tais requisitos, consideram-se como não escritas tais cláusulas, mantendo-se o contrato na parte restante⁷⁸. Citando-se um exemplo, nos contratos por adesão de incorporação imobiliária, celebrados entre empresários, quando se tratar de instrumento em termos padronizados, deverá arquivar no Registro de Imóveis a minuta de contrato-padrão⁷⁹.

B. A RELAÇÃO JURÍDICA INTEREMPRESARIAL E SEUS SUJEITOS

Delineados, de modo geral, os deveres imputáveis às partes de uma relação interempresarial por adesão na fase formativa do contrato, cabe esclarecer quais são os critérios para a identificação de uma relação jurídica como sendo interempresarial. Trata-se de uma definição de grandes efeitos práticos⁸⁰, porquanto o reconhecimento de que se trata de relação empresarial implicará a aplicação de princípios, legislação e usos diferenciados relativamente às chamadas “relações de direito comum”, uma vez que, sendo próprias àquele ambiente jurídico em particular, em consonância com a realidade mercantil. Não raramente, os princípios e regras serão “formalmente” os mesmos (como ocorre, v.g, com o princípio da boa-fé), sendo todavia diversa a dimensão e o peso de sua incidência, pois estarão articulados no específico contexto da atividade mercantil.

Para que se possa dizer que uma relação jurídica é empresarial, a análise passará, primeiramente, pelo enquadramento de seus partícipes no conceito jurídico de empresário, daí a preocupação em esclarecer as definições constantes do item que se segue.

⁷⁸ PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001, p. 1112.

⁷⁹ A respeito de incorporação imobiliária ler: CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 56.

⁸⁰ COMPARATO, op. cit, p. 139.

B.1 Empresário, Empresa e Sociedade Empresária

O Código Civil de 2002, além de revogar o Código Civil de 1916, revogou também a primeira parte do Código Comercial, relativa ao comércio em geral. Isso não significa que toda a matéria comercial tenha sido abrangida pelo Código Civil. Como esclareceu MIGUEL REALE:

É preciso, porém, corrigir, desde logo, um equívoco que consiste em dizer que tentamos estabelecer a unidade do Direito Privado. Esse não foi o objetivo visado. O que na realidade se fez foi consolidar e aperfeiçoar o que já estava sendo seguido no País, que era a unidade do direito das obrigações. [...] Na prática jurisprudencial, essa unidade das obrigações já era um fato consagrado [...].⁸¹

Do antigo Código Comercial remanesceu apenas a parte relativa ao Direito Marítimo⁸². O Código Civil de 2002 trouxe como uma das grandes inovações, senão a maior delas, a incorporação das obrigações empresariais, antes parte do denominado Direito Comercial e que estava sob a égide do Código Comercial. As modificações não foram apenas nominais ou de localização, mas alcançaram a essência da matéria.

Quando o Código Civil de 1916 entrou em vigor, distinguiu-se empresa de sociedade⁸³, conceituando empresa como organização dos elementos capital e trabalho e a sociedade como organização em sentido jurídico. A concepção de empresa estava fora do sistema jurídico, como parte da estrutura empresarial externa às concepções técnico-jurídicas. O Direito Comercial estava centrado no comerciante e na realização, por este, de atos de comércio⁸⁴. O conceito da profissão comercial abrangia a prática de atos de comércio e o exercício

⁸¹ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2007. E ainda: “extensa essa disciplina das obrigações, dado o tratamento unificado das obrigações civis com as obrigações empresariais, termo que preferimos adotar, pois a atividade econômica não se assinala mais, hoje em dia, por atos de comércio, tendo uma projeção muito mais ampla, sendo igualmente relevantes os de natureza industrial ou financeira”.

⁸² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, n. 128, a. XLI, out.-dez. 2002, p. 7-14.

⁸³ Distinção utilizada ainda pelo Direito Uruguaio, por exemplo, em conformidade com a Lei 16.060, daquele país, a esse respeito vide: GAGGERO, Eduardo. *Análisis Exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*. T. I. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1992, p. 10.

⁸⁴ Sobre a formação histórica do Código Comercial interessante ver: BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

permanente e efetivo da atividade comercial com o fim de auferir lucro⁸⁵. Hoje, diferentemente, o conceito básico moderno de Direito Comercial é “atividade empresarial”, em substituição à noção de “atos de comércio”⁸⁶.

O Livro II do Código Civil de 2002 foi destinado ao “Direito da Empresa”, o que, de pronto, nos indica a mudança de foco ocorrida, da figura de comerciante para a de Empresa. O Código incluiu também como empresário aquele que exerce atividade rural (Art. 907) e afastou a distinção entre sociedades civis e comerciais, para a adoção da classificação sociedades empresárias e não-empresárias.

O Código Civil seguiu, em parte, o Código Italiano⁸⁷, na medida em que atrelou à disciplina da empresa a figura do empresário individual e social, sujeito de direitos e obrigações resultantes do exercício da empresa (perfil subjetivo), ao estabelecimento, ou seja, ao complexo de bens organizados do empresário para o exercício de sua atividade empreendedora (perfil objetivo), e à atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços exercida profissionalmente pelo empresário (perfil funcional)⁸⁸. Distingue-se, todavia, das soluções adotadas na Itália ao passo que lá há a diferença na classificação interna de empresário, o Código Italiano distingue empresário agrícola (art. 2135), do empresário comercial. Também se diferencia do Código Civil Brasileiro à medida que levou em consideração a dimensão da empresa (art. 2083), concedendo alguns privilégios à pequena empresa⁸⁹.

Diante dessas modificações e da importância delas para o nosso estudo, imprescindível que façamos as distinções necessárias.

O termo “empresário” refere-se ao sujeito. Assim, importante, no primeiro momento, que tenhamos ciência de quem é este sujeito, isto é, como a ordem jurídica o qualifica. Pretende abranger aquela pessoa que dirige a empresa e é responsável pelas decisões. O empresário é um ente que se encontra em situação de liberdade, não subordinado como o

⁸⁵ A esse respeito interessante ver a antiga e clássica citação de: ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1931, p. 252-53.

⁸⁶ COMPARATO, op. cit. p. 125, 2005.

⁸⁷ Referência que encontramos em vários textos, dentre os quais: Mac-Donald, Norberto da Costa Caruso. *Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e atuais*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 22, set. 2002, p. 303.

⁸⁸ Sistematização mencionada in: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, n. 128, a. XLI, out.-dez. 2002, p. 13.

⁸⁹ O sistema italiano, diferentemente do brasileiro, concede privilégios ao pequeno empresário dentro do texto do Código Civil Italiano. Dentre estes a dispensa de registro da empresa e a escrituração contábil. No Brasil, encontramos algumas disposições neste sentido, todavia, encontram-se na legislação esparsa. A esse respeito ler: Mac-Donald, Norberto da Costa Caruso. *O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, p. 153.

empregado, tem o poder de escolha e, como consequência, a responsabilidade decorrente de sua condição de responsável pela empresa. Desenvolve papel social que inclui movimentação econômica, geração de emprego e renda. É o sujeito responsável e condutor do processo de desempenho da atividade econômica produtiva, por meio da organização de bens⁹⁰, exerce atividade econômica que visa a obter riqueza.

Em análise do perfil do empresário, o que distingue dos demais agentes de atividade econômica? Qual a especialização técnica de sua competência e que limita sua “autoridade profissional”⁹¹ Para ser um profissional atuante, na advocacia, por exemplo, há que se realizar a prova elaborada pela Ordem dos Advogados a qual avaliará a possibilidade de este atuar profissionalmente. Para o empresário, contudo, não é essencial integrar qualquer órgão ou ter qualquer habilitação específica. O grupo de pessoas que exerce atividade empresarial não apresenta uma formação profissional equivalente ou tem um controle legal rigoroso.

É certo que, cada vez mais, está havendo uma especificidade, um aprimoramento na formação destinada ao empresário, mas é muito valorizada a “prendizagem *in loco*”⁹², o conhecimento dado pela aprendizagem direta, com o trabalho em si. Não há dúvida de que o empresário integra uma “comunidade real”⁹³, cujos membros compartilham identidades e interesses específicos. A identidade do empresário é produzida pela sua socialização⁹⁴, pelo conjunto de suas experiências⁹⁵ e a sua dimensão identitária abrangerá a rivalidade democrática (modelo negociador)⁹⁶, no que o Código Civil e sua principiologia tem marcada importância, pois, como assegurou ARNOLDO WALD:

Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, instituiu-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigente em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da

⁹⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos e Títulos Empresariais: novas perspectivas*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2001, p. 18.

⁹¹ O autor utiliza essas expressões, mas não trata especificamente de empresário, o enfoque que aborda é mais amplo a “teoria funcionalista das profissões” desenvolvida por Parsons, in: DUBAR, Claude. *A Socialização: Construção das identidades sociais e profissionais*. São Paulo: Martin Fontes, 2005, p. 173.

⁹² Expressão usada in: DUBAR, Claude. *A Socialização: construção das identidades sociais e profissionais*. São Paulo: Martin Fontes, 2005, p. 257.

⁹³ DUBAR, op. cit., p. 174.

⁹⁴ A socialização representa a “construção do mundo vivido” que se aplica também no campo profissional. No campo profissional é chamada de socialização secundária, abrange os saberes específicos. In: DUBAR, p. XVIII.

⁹⁵ DUBAR, op. cit., p. 122. Neste ponto o autor utiliza as idéias de P. Berger e T. Luckmann.

⁹⁶ Idem, op. cit., p. 152.

empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperaram para a realização das finalidades empresariais.⁹⁷

Do ponto de vista técnico-jurídico, o empresário está incluído no conceito de pessoa (física ou jurídica) constante do Código Civil, mas agrega outras características e especificidades.

O empresário é a pessoa capaz que, sem qualquer impedimento legal, exerce, de modo profissional, atividade empresarial, sujeitando-se a regime especial de insolvência na busca do lucro⁹⁸. É empresário, por exemplo, quem compra produtos e os recoloca no mercado⁹⁹. É o “titular (sujeito de direito) que investe capital, coordena e exerce a atividade, seja o empresário pessoa jurídica (sociedade empresária) seja pessoa física (o empresário)”¹⁰⁰. É o titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial¹⁰¹.

O elemento básico para definir empresário é a atividade desenvolvida por este¹⁰². Não é empresário quem exerce atividade econômica à custa e sob o risco de terceiros, como é o caso do representante ou administrador. Também não é empresário quem presta um trabalho de caráter exclusivamente pessoal ou exerce profissão intelectual, a menos que sua atividade seja organizada sob a forma de empresa¹⁰³.

Nas pequenas empresas¹⁰⁴, pode-se mais facilmente identificar o empresário, pois, este aparece como sendo a figura central. Nas grandes empresas, que adotam, geralmente, a forma de Sociedades Anônimas, a identificação da figura do empresário torna-se mais difícil porque nem sempre existe correspondência entre a participação do capital e o exercício do poder, o

⁹⁷ WALD, Arnoldo. O empresário, a empresa e o Código Civil, p. 870-887. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira e GANDRA, Ives. *O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, São Paulo, LTr, 2004.

⁹⁸ BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Ltda*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 120.

⁹⁹ ASCARELLI, Túlio. *A atividade do empresário*. São Paulo: Malheiros, Revista de Direito Mercantil, n. 132, p. 213, a. XLII.

¹⁰⁰ LIPPERT, Marcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

¹⁰¹ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 315.

¹⁰² Idem. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 404.

¹⁰³ SPERCEL, Thiago. A Teoria da Empresa no Novo Código Civil - o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, a. XLII, abr.-jun. 2003, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127.

¹⁰⁴ Tanto na realidade da pequena empresa como na das grandes sociedades anônimas encontramos o contrato por adesão como recurso, obviamente, que o volume de capital envolvido variará conforme o tamanho destas.

que conduz ao já acenado problema da “democracia da empresa”¹⁰⁵, ou seja, a cooperação de diversas forças para promover a atividade empresarial.

No contexto dos grandes complexos empresariais, organizados como sociedades anônimas, aparece como central a figura do acionista.

Fala-se em acionista controlador, como sendo aquele que conduz a empresa. O controlador efetivamente, coordena a atividade empresarial (Lei da Sociedade por Ações, art. 116) e pode dispor dos bens que lhe são destinados. A criação da figura do acionista controlador personificou e permitiu identificar aquele que exerce efetivamente o poder dentro da empresa de forma a responsabilizá-lo pela atuação (art. 116, Lei das S/As)¹⁰⁶. A empresa não pertence ao controlador. A propriedade da empresa, neste caso, somente deve ser traduzida como o poder de controle¹⁰⁷. Para quem observa o contexto empresarial, o controlador é considerado empresário, embora nem sempre possa ser enquadrado nesta definição. Assim, podemos concluir que em empresas de grande porte, os detentores do capital nem sempre são empresários e aqueles que agem como empresários não são, em grande parte das vezes, detentores de porção expressiva do capital.

A direção do negócio e a gestão de bens e interesses poderão estar confiadas a um ou mais órgãos. Nesse caso, não se detectará a figura do empresário e tão-somente a da empresa.

O empresário, em regra, atua com o apoio de outras pessoas ou órgãos. A “tercerização” de atividades, seja este indivíduo ou outra empresa, é modelo de profissionalização e especificidade no atuar e torna-se ingrediente de agilidade no mercado.

Também não se pode esquecer da atividade desenvolvida pelos acionistas. Conquanto não tenhamos adotado o modelo francês (em que é atribuído poder soberano à Assembléia de acionistas, os administradores funcionando como mandatários dos sócios), no modelo americano por nós adotado na Lei n. 6.404/73, os cargos dos administradores com funções¹⁰⁸ executivas tendem a coincidir freqüentemente com o exercido pelos funcionários mais graduados. Admite ainda a Lei, em caráter facultativo, a administração pelo colegiado, através de Conselho de Administração que nomeia a diretoria. Assim, embora o concurso de outras

¹⁰⁵ A esse respeito ler: WALD, Arnoldo. O empresário, a empresa e o Código Civil, p. 870-887. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos (org.). MENDES, Gilmar Ferreira e GANDRA, Ives. O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem a Miguel Reale, São Paulo: LTr, 2004.

¹⁰⁶ BOITEUX, Fernando Netto. A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil. São Paulo, Malheiros, *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, a. XLI, jan.-mar. 2002, p. 53.

¹⁰⁷ COMPARATO, op. cit., p. 282.

¹⁰⁸ Vide: BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas, *Revista de Direito Mercantil*, n. 24, a. XV, 1976, p. 65-74.

pessoas ou órgãos seja habitual, a existência desse concurso nos parece um critério dispensável para delinear a conceituação jurídica de empresário.

Pode-se ainda chegar à noção de empresário pela natureza da atividade. A atividade empresarial é atividade econômica, porém, nem toda atividade econômica será empresarial. Assim, por exemplo, a atividade de mera fruição, como do proprietário de vários imóveis que os loca está excluída desse conceito. Não é empresário, igualmente, aquele que produz para o próprio consumo¹⁰⁹. Como se percebe, o critério do fim ou função, conectado ao caráter econômico da atividade exercida, terá relevo para o delineamento da noção de empresário.

Quanto à definição de empresa, não encontramos terreno menos tortuoso de que o para definir empresário. Para começar, não há, como aponta CLÓVIS DO COUTO E SILVA, um conceito unitário de empresa¹¹⁰ podendo essa ser vista objetiva e subjetivamente, isto é, a expressão “empresa” tem dois significados¹¹¹: pode referir-se à pessoa (jurídica) que exerce a atividade ou à própria atividade econômica. No primeiro sentido, identificado com a idéia de organização produtiva, congrega trabalhadores e bens de uso comum. No segundo, vista como atividade econômica organizada exercida profissionalmente, a que poderíamos chamar de empresa *stricto sensu* ou empresa em sentido jurídico¹¹². Como atividade econômica organizada exercida profissionalmente pelo empresário, representa uma organização complexa dos fatores clássicos de produção, tendo como objetivo produzir ou mediar bens no mercado¹¹³.

Não se pode confundir empresa e empresário. Empresa é, antes de mais nada, atividade. Demais disso, numa das acepções que esse vocábulo comporta, pode ser entendida como sucedâneo da palavra “estabelecimento”, representando, então, um “conjunto organizado de meios”, objeto de direito, enquanto o empresário é o sujeito de direitos¹¹⁴. A “empresa” é a organização do empresário para o exercício de sua atividade, é a organização dos fatores de produção. O empresário é o seria empresa, a estrutura gerada para atuar. Inexiste empresa sem empresário¹¹⁵.

¹⁰⁹ ASCARELLI, Túlio. *A Atividade ...* p. 204, a. XLII.

¹¹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro*. Porto Alegre, Revista AJURIS, n. 37, a. XIII, jul. 1986, p. 59.

¹¹¹ Apontados em: REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 251.

¹¹² BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica...*, 1985, p. 125.

¹¹³ Idem. *Sociedades...*, 2001, p. 293.

¹¹⁴ BRUSCATO, Wilges Ariana. *Op. cit.*, p. 83.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XVII

A Teoria de Alberto Asquini hoje é amplamente acolhida para definir empresa. O jurista italiano definiu a empresa como um fenômeno econômico unitário que se apresenta para o mundo do direito fragmentado, devendo ser encarado sob aspectos diversos em relação aos diferentes elementos que nele concorrem, não cabendo, por isso, num só esquema jurídico. Diferentes são os perfis sujeitos à disciplina imprimida pelo direito. Assim é que o conceito econômico de empresa é encarado no plano jurídico, ao menos sob quatro ângulos diversos, dito fenômeno poliédrico: subjetivo, como empresário, objetivo como patrimônio, funcional como atividade, corporativo como instituição¹¹⁶.

O Código Civil 2002 emprega a palavra “empresa” no sentido de atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação de riquezas, explicitando Miguel Reale, estar, ali, empregada a palavra “empresa” “no sentido de atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação das riquezas, dos bens e dos serviços”¹¹⁷. Ademais, esclarece:

É esse objetivo fundamental que rege os diversos tipos de sociedades empresariais, não sendo demais realçar que, consoante terminologia adotada pelo projeto, as sociedades são sempre de natureza empresarial, enquanto que as associações são sempre de natureza civil. Parece uma distinção de somenos, mas de grandes conseqüências práticas, porquanto cada uma delas é governada por princípios distintos¹¹⁸.

O Código afasta a confusão que existia entre empresa e estabelecimento. Este constitui o complexo organizado de bens para o exercício de empresa por empresário ou por sociedade empresária¹¹⁹.

O Direito Italiano também enfrentou a dificuldade definitória¹²⁰. Lá, igualmente, empresa está como centro da disciplina, o Cap. I do Título II é nominado “*Dell’impresa in generale*” e, em seguida, define o “*imprenditore*” como sendo aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o escopo de produção e troca de

¹¹⁶ Mediante a interpretação encontrada em: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro, São Paulo: Malheiros, n. 128, a. XLI, out.-dez. 2002, p. 13.

¹¹⁷ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2007.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ FIUZA, Ricardo. Cita para justificar a afirmativa o artigo de Miguel Reale Visão Geral do Projeto de Código Civil. In: REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. Revista dos Tribunais, 2005, p. 168.

¹²⁰ CORSI, Francesco. *Lezioni di Diritto Dell’Impresa*. Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 27.

bens e serviços. Toda a preocupação definitória está na empresa, a conceituação de empresário é consequência desta¹²¹.

A empresa é sempre subordinada à sociedade, e a sua exploração constitui, propriamente, o objeto social¹²². A definição do que seja sociedade empresária encontra-se no art. 982, do Código Civil. É empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito ao registro. Resulta, pois, do entendimento de quem é empresário, constante do artigo 966¹²³.

Aclaradas essas noções, cumpre chegar mais perto do objeto de nosso estudo por meio de uma primeira aproximação da idéia de “contratos empresariais” que se especificam num variado universo de modelos atípicos, como os chamados “contratos de colaboração” interempresária (exemplificativamente, distribuição, agência, *franchising*, concessão comercial, locação comercial, arrendamento mercantil, *faturização*, *leasing*...). Para tal é necessário, ainda, investigar certas especificidades da relação jurídica entre empresários.

B.2 Algumas especificidades da relação jurídica entre empresários

As práticas empresariais abrangem formas e métodos próprios adaptados ao tráfego mercantil. Também as condições de desenvolvimento destas relações são peculiares, frente ao direito civil como “direito comum” e, muito especialmente, frente ao direito do consumidor.

Nas relações interempresariais, por exemplo, a presunção é de existência de esclarecimento, assim como o conhecimento prévio e recíproco por parte dos contratantes acerca do conteúdo contratual. A lógica da contratação interempresarial é totalmente diferenciada das demais, devendo conviver com essa presunção (conquanto que apenas relativa), sob pena de inviabilizar-se o dinamismo ínsito ao Direito Empresarial. Tão relevante se mostra essa característica que merece referência particularizada.

O conhecimento recíproco entre as partes gera a confiança, tão relevante às relações interempresariais. Nesse campo, há uma grande valorização desta confiança (subjéctiva) que há entre os contratantes porque determinante para a atuação do aderente que recebe o contrato para aposição de sua aceitação.

¹²¹ Idem, p. 31.

¹²² COMPARATO, op. cit., p. 121, 2005.

¹²³ REALE, Miguel. *História do ...*, 2005. p. 251.

É comum que os contratos realizados entre empresários multipliquem-se, a ponto de se cogitar a responsabilidade pelas informações dadas, sem exigir que se verifique se esta atuação pertence a uma relação contratual ou a outra entre as mesmas partes. Assim ocorre nos contratos bancários, por exemplo, em que a regra é de que sejam múltiplas as contratações entre cliente-empresa-aderente e banco-empresa-estipulante. Daí a decisão de abordar a influência desta continuidade sobre a avaliação do aderente em contratar ou não, face ao entendimento próprio deste, de que poderá ter uma melhor avaliação acerca do risco do negócio que está a celebrar quando conhece com quem está contratando, ou seja, quando confia na outra parte.

B.2.1 A Adoção de metodologias e regramentos próprios ao tráfego

Nos contratos empresariais, as partes são operadores profissionais, daí o motivo da valorização dos usos e práticas habitualmente seguidas. Essa valorização é tradicional no Direito Comercial, “direito dos mercadores” em que da prática dimana juridicidade, como anotou Ascarelli.¹²⁴ O Código Comercial de 1850 continha alguns dispositivos que ensejavam largo espaço ao direito espontâneo no âmbito mercantil. Assim, por exemplo, o art. 131, 4, ao arrolar as bases para a interpretação das cláusulas contratuais, dispunha:

[...] o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras.

Por sua vez, o art. 130 do Código Comercial determinava:

As palavras dos contratos e convenções mercantis *devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio*, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Como lembra MARCOS DE CAMPOS LUDWIG¹²⁵,

¹²⁴ ASCARELLI, op. cit., p. 213.

¹²⁵ LUDWIG, op. cit., p. 118.

o alcance desse e de outros tantos dispositivos similares somente pode ser bem compreendido se lembrarmos [...] que o mesmo Código Comercial previa a criação de Tribunais de Comércio, cuja composição contava com deputados-comerciantes, eleitos por seus pares. De fato, para a correta interpretação e aplicação do art. 131, 4, em particular, se supunha que o intérprete e o aplicador conhecessem qual era ‘o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza’, razão pela qual as leis mercantis do Império compunham os Tribunais de Comércio com comerciantes. O mesmo ideário podemos encontrar no Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, que regulou o processo comercial e – quarenta anos depois da sua expedição – também o processo civil em nosso país.

A unificação das obrigações civis e comerciais realizada pelo vigente Código Civil não afastou a força dos usos, da prática reiterada e das “circunstâncias do caso” no que tange à contratação interempresarial. Note-se que o vigente Código Civil aprofundou a importância dos usos e circunstâncias do caso, observando MARCOS DE CAMPOS LUDWIG que as disposições ora codificadas “acabam por remeter o intérprete ao contexto situacional”, registrando ser “especialmente significativo”, nesse sentido, o teor do art. 113¹²⁶.

B.2.2 O conhecimento acerca do outro contratante e a decisão de contratar

Nos contratos por adesão celebrados no âmbito das relações de consumo, no dizer de JUSTINO MAGNO ARAÚJO¹²⁷, há a “eficácia concreta dependente de integração”. Esta é “elemento reafirmador da impessoalidade dos contratos massificados de consumo, sempre elaborados para consumidores em abstrato”.

Os contratos interempresariais, diferentemente, realizam-se entre dois ou mais entes jurídicos determinados ou determináveis. Nos contratos interempresariais dificilmente se pode falar em oferta dirigida ao público em geral¹²⁸ como nos contratos ditos “de massa”¹²⁹ em que

¹²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Os Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 123.

¹²⁷ ARAÚJO, Justino Magno. *Inexecução do contrato de leasing em razão de cláusulas abusivas*. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2006, p. 50.

¹²⁸ Diferente é a opinião que encontramos em: MIRANDA, Custodio Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

¹²⁹ São apontadas duas teorias para definir a natureza da técnica de contratação em massa a contratualista e a normativista. Segundo a posição contratualista a relação jurídica na contratação em massa também se origina de um acordo, de um ato bilateral, que exige a participação consentida de quem se submete ao regulamento.

há a regulamentação de uma empresa para reger ilimitado número de relações patrimoniais homogêneas, que se individualizam a cada comportamento típico dos eventuais destinatários¹³⁰. Mesmo quando a oferta não é desde logo individualizada, é individualizável, pois se dirige a um segmento social e econômico específico. Por isso não se verifica, modo geral, o anonimato^{131 132}. Pode-se dizer que haja oferta a um público indeterminado dentro de um grupo. Há um contato direcionado a uma empresa ou a um grupo determinado ou determinável¹³³ de empresas.

Além do mais, ocorre, não raramente, a continuidade das relações empresariais o que facilita o conhecimento acerca do outro contratante, de seu conceito profissional, dos riscos peculiares que oferece, das expectativas que pode gerar, o que é relevante para que os contratantes se preparem para a atuação contratual. O conforto trazido pelo conhecimento do outro tem valor econômico, na medida em que representa maior segurança de efetiva prestação contratual.

A existência de múltiplas contratações entre as mesmas partes é habitual nas relações interempresariais. A continuidade da relação faz com que o aderente, ao receber aquela proposta contratual, enviada pelo estipulante, tenha uma sensação de segurança pois sabe, de antemão, quais são os riscos naquela contratação.

O estudo dos riscos contratuais constitui a perene tentativa de trazer o futuro para o presente por meio de uma organização reflexiva dos ambientes do conhecimento¹³⁴. O empresário efetivamente avalia o risco antes de decidir-se por realizar ou não o negócio. O fato de o risco ser inerente à atividade empresarial apenas reforça a necessidade de mensurá-lo e, conhecê-lo, representa uma forma de controlá-lo.

Esclarecimento que encontramos in: GOMES, Orlando. Novos Temas de Direito Civil: O Poder Legislativo da Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 51-62.

¹³⁰ GOMES, op. cit., p. 51-62.

¹³¹ Característica presente, muitas vezes, nas relações de consumo. Menção presente em: REZZÓNICO, op. cit., p. 5.

¹³² NATALINO IRTI, contrariamente, apontou como característica das relações empresariais o anonimato: “*I negozi civili, come risultato di un dialógico contrattare, prendono volto dall’individualità delle parti; mentre i negozi commerciali, tendendo ad assoluta e inequivoca oggettività, si fanno anonimi e ripetitivi.*” (G.N.)

Tradução livre do trecho mencionado: “A unificação do direito civil e do direito comercial no mesmo código e a inserção neste da empresa, não se pode deixar de mencionar a heterogeneidade dessas duas categorias de relações. As relações civis conservam caráter pessoal; as relações comerciais revelam as notas, antes ilustradas, de anônima repetitividade especializada. A heterogeneidade tem significado histórico, e não lógico; não segue a natureza do negócio, mas a atual fisionomia deste.” In: IRTI, Natalino. *L’ordine Giuridico del Mercato*. Milão: Editori Laterza, 2004, p. 86.

¹³³ Não tratarei aqui da dita Oferta Pública para Aquisição de Ações.

¹³⁴ GIDDENS, Antony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 11.

Faz parte do controle do risco, nas relações interempresariais, o interesse em conhecer o parceiro contratual, no intuito de diminuir o perigo, saber o que esperar dele, a continuidade das relações estará apoiada na confiança que os contratantes têm um no outro, com base nos elementos objetivos gerados pelo conhecimento prévio. O conhecimento prévio do outro contratante representa uma das formas de controle do risco que permite o nascimento da confiança objetiva. Confiança objetiva porque não está fulcrada na convicção da parte, mas sim em dados concretos e objetivos.

O bom nome do empresário, a forma como se tem portado no mercado (credibilidade), sua imagem, o poder da marca que carrega etc., são fatores que influenciam na decisão do aderente de contratar ou não, porque geram a legítima confiança¹³⁵ de que agirá com probidade. Esses são pontos determinantes na celebração contratual¹³⁶. A confiança gera aquele “salto de fé” que permite o envolvimento prático¹³⁷.

Quando há situação de paridade das partes, a legítima confiança gerada pelo contato anterior ou o bom nome do empresário no mercado, cumulados com o interesse na celebração, com o intuito de lucro, levará àquele para quem o contrato está sendo apresentado (para adesão) a dar o seu aceite. A credibilidade no parceiro é fundamental para que haja a adesão.

Novamente, podemos utilizar a relação jurídica de agência e distribuição como exemplo face ao caráter de atividade não eventual, há a presença da confiança criada pela sucessiva atuação. Há uma intenção de preservação, de continuidade da relação, do vínculo em si, uma vez que o objetivo não é concluir aquele contrato por adesão, mas continuar atuando como agente daquele em nome do qual promove os negócios. Abarca operações de compra e venda mercantil de caráter não eventual¹³⁸.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. *Separata*, Revista Forense, v. 382, p. 130.

¹³⁶ Sobre confiança ler também: RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da Aparência. Porto Alegre: *Revista AJURIS*, n. 24, a. 1982, p. 222- 231.

¹³⁷ GIDDENS, Antony. *Op. cit.*, p. 11.

¹³⁸ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 63.

C. ADESIVIDADE E EMPRESARIALIDADE: A MUDANÇA DE PARADIGMAS QUANDO A CONTRATAÇÃO POR ADESÃO SE DÁ ENTRE EMPRESÁRIOS

O fenômeno decorrente da associação de dois importantes pontos- a adesividade e o fato da relação jurídica ser interempresarial- enseja a necessidade de alteração dos parâmetros tradicionais de apreciação do contrato.

FÁBIO ULHOA COELHO chega a afirmar que, no Brasil, está ocorrendo um movimento de “reliberalização”, caracterizado pela privatização de empresas como as de telecomunicações. Esse movimento apresentaria um novo cenário e a inauguração de um terceiro modelo: o dos iguais e dos desiguais. Dentre estes iguais deveria prevalecer a autonomia privada e, entre os desiguais, ela escraviza, só a lei podendo libertá-los¹³⁹.

Muitos questionamentos surgem diante deste cenário: qual é a extensão que deve ser dada ao princípio da autonomia privada? É possível falar em “vulnerabilidade” de um dos contratantes, trasladando conceitos próprios às relações de consumo ao campo interempresarial? As cláusulas que são consideradas abusivas nas relações de consumo devem ser consideradas da mesma forma, aqui, quando são partes contratantes dois empresários?

No intuito de responder essas questões analisarei, primeiramente, a autonomia privada, um tema que, ao longo do tempo, sempre foi “contagiado” pelas concepções temporais vigentes sobre o contrato e que, hoje, transcende a tradicional perspectiva voluntarista¹⁴⁰.

C.1 Autonomia Privada e contratação por adesão interempresarial

Entendida a autonomia privada como a matriz da liberdade que se movimenta no âmbito do direito, nos dos limites fixados pelo ordenamento, deduz-se que os contratos são manifestações de autonomia privada e serão sempre atos jurídicos de exercício de poder¹⁴¹.

Autonomia privada é, justamente, este poder dado às partes de criar, dentro dos limites da lei e das normas jurídicas¹⁴², de gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando sua

¹³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. O Segurado pessoa jurídica e o CDC. In: *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, p. 292.

¹⁴⁰ Fala-se, portanto, em autonomia privada e não autonomia da vontade.

¹⁴¹ FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Comares, 2001, p. 36, 37.

¹⁴² Idem, p. 7.

vida de acordo com as suas preferências, é forma de expressão da dignidade e individualidades próprias¹⁴³. Como poder jurídico, deve estar acompanhada da respectiva autodeterminação dos titulares¹⁴⁴. A autodeterminação é o aspecto funcional da autonomia privada, é valor intencionado, critério de vigilância e, eventualmente, de correção e intervenção¹⁴⁵.

No âmbito reservado à autonomia privada, desse modo, compete a cada um zelar pela defesa de seus interesses, tendo, em conformidade, que arcar com as eventuais conseqüências desvantajosas da forma menos diligente ou ponderada como exerceu a tarefa conformadora que lhe cabe, ou, até, sofrer as conseqüências da sua renúncia em participar ativamente na modelação do conteúdo do contrato¹⁴⁶.

Na contratação por adesão, o contratante aderente não participa da formulação do texto contratual. Há, portanto, uma limitação de liberdade em relação ao aderente, da autodeterminação do contratante aderente. Este somente pode contratar naqueles termos da pré-fixação unilateral da proposta entregue pelo predisponente. A liberdade está restrita à decisão de contratar ou não, pois, o aderente não tem força para modelar o contrato. Pode, apenas, decidir buscar outro predisponente que não imponha a redução de responsabilidade, por exemplo¹⁴⁷.

Diante desta diminuição de liberdade de autodeterminação, questiona-se a existência ou não de autonomia por parte do aderente: se a autonomia privada, no contrato, realiza-se sempre em forma positiva, através de um acordo, como se pode dizer que ela subsista quando inexistente acordo de vontades sobre o conteúdo contratual, mas sim, disposição unilateral?

Podemos argumentar que existe acordo de vontades na celebração do contrato: um propôs e o outro aderiu, consentiu, quis a realização daquele contrato. Mas, sem dúvida, há uma diminuição de poder em relação à liberdade de modelação do conteúdo contratual, de maneira que devemos buscar verificar a medida da preservação da autonomia privada no contrato por adesão interempresarial. O que diferencia a autonomia que tem o aderente em relação à perspectiva do contrato tradicional é justamente isto: não participa ativamente da modelação do conteúdo contratual.

¹⁴³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade de contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 22.

¹⁴⁴ Idem, p. 41.

¹⁴⁵ Idem, p. 46.

¹⁴⁶ Idem, p. 287.

¹⁴⁷ STIGLITZ, op. cit., p. 100, 2001.

A resposta, portanto, deverá ser no sentido de que não se possa afastar, totalmente, a existência de autonomia, embora se reconheça a diminuição desta. Não há dúvidas de que, nos contratos por adesão empresarial, não será íntegro o exercício desta autonomia por parte do aderente, considerando-se que o contrato será apresentado com todas as cláusulas pré-fixadas para que aceite ou não, nada mais podendo manifestar ou alterar. Essas situações derivam de uma substancial desigualdade de poder contratual¹⁴⁸ entre as partes seja esse poder econômico, informativo ou até mesmo estratégico.

A autonomia privada não pode ser afastada, mormente, numa ordem constitucional fundada nos princípios da dignidade da pessoa e da livre iniciativa econômica. O problema está em dimensionar, concretamente, esse espaço. Se fosse dado a ambas as partes escolher de forma consciente, informada e autônoma, tudo estaria simplificado e não se haveria de perquirir a validade ou fixar limites¹⁴⁹.

A diminuição do espaço de exercício da autonomia privada do aderente-empresário, entretanto, será muito inferior àquela verificada nas relações de consumo, por exemplo. Na verdade, o ponto de relevo da distinção entre os contratos empresariais e os contratos de consumo já é a diversidade dos limites de atuação da autonomia privada na conformação do sinalagma genético¹⁵⁰. Embora se fale em déficit informativo e volitivo, nas relações empresariais, não haverá a pressuposição de que o aderente é hiposuficiente. Pode ser que o contrato empresarial esteja sendo celebrado entre empresários que são absolutamente equivalentes em todos os sentidos, jurídica, faticamente etc., não havendo que se falar em “proteção necessária” por parte da lei.

Para alguns autores, contrariamente, a adesividade marca a vedação, para um dos contratantes, do exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula a autonomia privada. O contratante não é livre, trata-se de uma “escolha limitada”. Haveria uma restrição da liberdade contratual para um, enquanto a liberdade do outro contratante, o estipulante, expande-se, potencializa-se, é plena, graças a sua posição de maior poder naquela relação jurídica. Nesses contratos o que se vê é o estabelecimento de regras ditadas por empresários ou grupos industriais fixando direitos e obrigações, através de pré-formulações, onde sobra pouco ou nenhum espaço para o

¹⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 370.

¹⁴⁹ ARIZA, Ariel C. Em torno da autonomia privada contratual em el siglo XXI. In: HERNÁNDEZ, Carlos A. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 261.

¹⁵⁰ DELFINI, Francesco. *Autonomia Privada e Rischio Contratuale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 378.

consumidor manifestar sua vontade.¹⁵¹ Haverá até mesmo um “contrato forzado” como opina JUAN CARLOS REZZÓNICO¹⁵² que chega a falar em algo que desagrega a ordem contratual porque se contrapõe à autonomia contratual, porque ali há uma “situação de força”.

Diante desse entendimento, pergunta-se: na contratação por adesão entre empresários, poder-se-ia falar em contrato forçado? Entende-se – diversamente da opinião expressada por REZZONICO – que, na contratação por adesão empresarial, embora a autonomia esteja limitada à aceitação ou não por parte do aderente, não se pode dizer que haja uma imposição; a aceitação ainda dependerá do querer, a princípio, livre do aderente. A situação é de “desequilíbrio de poder entre as partes”¹⁵³ e não de violência ou desagregação.

Aliás, em entendimento por tudo diverso daquele expressado por REZZONICO, ENZO ROPPO entende que o fenômeno dito “objetivação do contrato”¹⁵⁴, do qual a contratação por adesão faz parte, não contraria, mas, antes, secunda o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correta: autonomia privada, logo, não como sinônimo de “autonomia da vontade individual”, mas, como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de perseguir o lucro, de atuar segundo a conveniência do mercado. O contrato por adesão é, portanto, manifestação da autonomia privada¹⁵⁵. Isso não significa a inexistência de limites ao exercício da liberdade do predisponente. Esses limites serão maiores quando a adesividade for conectada à efetiva vulnerabilidade da parte aderente. Assim, maior será a necessidade de proteção quanto maior seja a vulnerabilidade do aderente, imprescindível que se parta à explicitação de algumas considerações sobre esse instituto jurídico.

C.2 A vulnerabilidade e sua aplicação aos contratos interempresariais por adesão

Já visualizada a formação contratual e o conteúdo do contrato o foco deve ser a análise do empresário e a eventual detecção de uma situação de inferioridade entre as partes contratantes. Em suma, o aderente aceitou, teve conhecimento, mas o conteúdo daquilo que aderiu lhe é prejudicial. A questão será o porquê de ter aderido, era um aderente vulnerável?

¹⁵¹ ARAÚJO, Justino Magno. *Inexecução do contrato de leasing em razão de cláusulas abusivas*. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2006, p. 47.

¹⁵² In: *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 258.

¹⁵³ NEGREIROS, op. cit., p. 365.

¹⁵⁴ ROPPO, op. cit., p. 309.

¹⁵⁵ Idéia também mencionada em: MIRANDA, op. cit., p. 45.

Caso seja considerado vulnerável, poderá invocar o sistema protetivo peculiar a esta condição. Pretende-se, portanto, no texto que segue, discutir a aplicação do conceito de “aderente vulnerável” quando a celebração ocorre entre empresários, o fundamento desta vulnerabilidade e algumas causas.

Optou-se por não fazer uso do conceito de hipossuficiência por entender que esta é critério processual relacionado às regras ordinárias da experiência. A avaliação de hipossuficiência passa, necessariamente, por crivo de natureza sócio-econômica que fará uso do conjunto fático-probatório. Quando aplicado em juízo, esse critério terá de guardar conexão com o indivíduo e justificação na condição específica deste, como tem entendido o STJ:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. EXTRAVIO DE ENCOMENDA. CONTEÚDO E VALOR NÃO DECLARADO NA POSTAGEM DO OBJETO. LEI 6.538/78. ART. 6º, III, DO CDC 3. De outro lado, concluir de forma distinta da esposada pelo Tribunal *a quo*, demandaria reexame de material fático-probatório analisado nas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 07 desta Corte. 3. A denominada inversão do ônus da prova, de acordo com o art. 6º,VIII, do CDC, fica subordinada ao critério do julgador quanto às condições de verossimilhança da alegação **e de hipossuficiência, segundo as regras ordinárias da experiência e de exame fático-probatório. In casu, tendo o Tribunal de origem julgado que tais condições não se fizeram presente, o reexame deste tópico é inviável nesta via especial.** Óbice da Súmula 07/STJ.4. RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ. REsp 731333/RS; Recurso Especial 2005/0038194-1. Relator Ministro Jorge Scartezini (1113). Julgado em 03/05/2005)

É primordial, para este estudo, que se diferenciem duas situações: (i) quando o empresário é vulnerável e não pode ser considerado consumidor; e, (ii) quando o empresário pode ser equiparado a consumidor e goza da proteção peculiar dada ao vulnerável dentro da sistemática do CDC. Iniciaremos pela primeira situação.

C.2.1 Empresário vulnerável?

Atente-se que se analisará a vulnerabilidade, considerando que a contratação por adesão dá-se entre pessoas, a princípio, concretamente semelhantes em seu poderio social, econômico, jurídico, cultural e informativo. Nesta seara contratual, a avaliação de vulnerabilidade deverá respeitar critérios próprios diferentes daqueles abordados nas relações de consumo (com a qual o tema “vulnerabilidade” tem maior proximidade). Necessária, logo, uma análise específica acerca da aplicação do conceito de vulnerabilidade neste terreno.

Trata-se de um contrato, a princípio, paritário, e a questão aqui será, justamente, o afastamento dessa pressuposição, através da verificação de situações que justificam a existência de disparidade entre as partes.

A consideração acerca da existência de vulnerabilidade do aderente, para fim de avaliar-se a presença, ou não, do exercício de sua autonomia privada, tem sido a maior preocupação nos julgamentos porque é a vulnerabilidade o critério determinante para a decisão acerca da concessão ou não de proteção ao empresário que aderiu. Nesse sentido eram as decisões no STJ, mesmo antes da edição do Código Civil atual:

Contrato de adesão - cláusula de eleição de foro. Não se considera nula a cláusula de eleição de foro apenas por ter sido pactuada em contrato de adesão. Necessário concorram outras circunstâncias, notadamente a dificuldade para defesa. Admite-se como válida, pois, se o acórdão recorrido afirma que se trata de empresa de grande porte, cujos dirigentes tinham perfeita noção do que convencionavam, não se podendo, ainda, afirmar resultasse, da mudança de foro, algum empeco relevante para a defesa do devedor. (STJ. REsp 54023/RJ; Recurso Especial 1994/0028022-0. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Julgado em 17/10/1995)

O conceito de vulnerabilidade abrange a existência de uma “inferioridade manifesta”. Trata-se de condição jurídica imputada a determinadas pessoas que têm necessidade de proteção porque consideradas mais fracas. Vulnerar significa ferir, melindrar, ofender, o que induz a inúmeras formas possíveis de vulnerabilidade¹⁵⁶. Certamente, uma das formas que

¹⁵⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 115.

coloca o contratante nesta posição de vulnerável decorre do fato de a contratação ser por adesão.

A grande difusão deste conceito é devida ao direito do consumidor, no dizer de PAULO VALÉRIO DAL PAI MORAES¹⁵⁷ a vulnerabilidade:

é o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

Do conceito oferecido pelo autor consumista pode-se relatar uma grande diferença em relação à contratação interempresarial por adesão: nas relações interempresariais o potencial de dano que enseja a detecção de vulnerabilidade estará, em regra, restrito ao prejuízo econômico, a incolumidade física e psíquica do empresário dificilmente estará envolvida nestas relações jurídicas. Aqui, a discussão é econômica e envolve, tão-somente, eventual prejuízo monetário.

Deve-se concluir, portanto, que a vulnerabilidade detectada nas relações interempresariais por adesão será, em regra, menos abrangente.

Entende-se que é possível utilizar o princípio da vulnerabilidade no campo da contratação interempresarial, sem que, para tanto, o aderente tenha que ser enquadrado no conceito de consumidor. Um exemplo ocorre nas contratações entre concessionárias de veículos automotores, e a concedente empresa montadora de veículos. A concessionária está sujeita ao poder da montadora, sendo, em regra, chamada a aderir àquele contrato, adesão imprescindível à continuidade do negócio, o que bem traduz a vulnerabilidade do aderente, razão pela qual sobreveio a denominada “Lei Ferrari” que veio situar algumas regras de equilíbrio contratual, como acentuou MIGUEL REALE, autor de seu anteprojeto¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 96.

¹⁵⁸ REALE, Miguel. Do regime jurídico da indústria automobilística brasileira e da necessidade de lei que estabeleça a solidariedade entre suas categorias econômicas. In: *Questões de Direito*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1981, p. 109-148.

C.2.2 Reconhecimento da Vulnerabilidade decorrente da posição de aderente e seu efeito protetivo

O fato de ser utilizado um contrato pré-elaborado por um dos co-contratantes profissionais não é suficiente para determinar que exista a vulnerabilidade do outro. No mais das vezes, a escolha de um contrato por adesão com o estabelecimento de condições gerais é apenas um caminho para dar agilidade ao negócio. Da mesma forma, pode ser uma via para a agilidade o fato de o texto do contrato estar incompleto ou com apenas algumas cláusulas que remetam às condições gerais, configurando essa incompletude uma estratégia para dar liberdade de atuação às partes, que deixam espaço para o contrato ser completado, futuramente, conforme a necessidade de regradar novas situações. A falta de disciplina contratual sobre determinado item pode, assim, representar uma “opção de flexibilidade” para os contratantes, uma estratégia de gestão do risco contratual¹⁵⁹, uma evidente representação de autonomia privada das partes e não uma diminuição desta.

O Código Civil reconheceu, todavia, que a posição do aderente é, em si mesma, uma posição de vulnerabilidade e concedeu-lhe a proteção por meio da interpretação favorável do conteúdo contratual. Se o aderente não agiu para predispor, é justo que, no momento hermenêutico, as cláusulas e condições sejam interpretadas em seu favor. A vulnerabilidade decorre do simples fato de que apenas lhe é dado aceitar ou não o contrato como um todo e se manifesta, conforme o Código, da simples posição contratual, na medida em que a lei determina deva a interpretação do texto contratual dar-se em favor deste (art. 423). Há, portanto, uma presunção de vulnerabilidade decorrente da adesividade para o efeito da interpretação das cláusulas contratuais.

A interpretação favorável ao aderente é importante diretriz hermenêutica consistindo em *topos* tradicional: já no “*ius commune*” assentara-se “*in stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt; e fere secundum promissorem interpretamur*”, o que foi apropriado por Pothier em suas célebres regras de interpretação, lendo-se na sétima regra: “*Dans le doute, une clause doit s’interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l’obligation*”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ FICI, Antônio. *Il Contratto Incompleto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 23.

¹⁶⁰ POTHIER, Traité des obligations. Paris, 1835, p. 53-54, n. 91 e segs. As regras a seguir transcritas estão em: ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G. *L’interpretazione del contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001, p. 16-20, apud MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma

Mas, é preciso ter cuidado: o sistema protetivo, no caso, será o constante da legislação civil e não aquele do Código de Defesa do Consumidor. Mesmo com uma reconhecida assimetria não se pode dizer que a proteção aqui deva ser equivalente àquela concedida ao consumidor nos contratos por adesão em que é parte. O aderente-empresário supõe-se esclarecido e que tenha condições de discernir e assimilar todo o conteúdo contratual, é um profissional, tem conhecimento técnico. Diferentemente ocorre nas relações de consumo em que o aderente é um leigo, e o outro é profissional.

C.2.3 Reconhecimento da vulnerabilidade decorrente da equiparação a consumidor

Alguns autores recomendam a equiparação do empresário a consumidor quando verificada situação de vulnerabilidade. Assim, CALAIS-AULOY, quando trata da equiparação entre empresário e consumidor, menciona que o empresário poderá ser considerado consumidor quando se apresentar em situação de “inferioridade comparada àquela de um consumidor”¹⁶¹.

A esse critério se acrescenta a técnica de enquadrar o empresário no conceito de consumidor, para, então, acionar o sistema protetivo deste empresário vulnerável e consumidor. Neste sentido leia-se:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. **VULNERABILIDADE**. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável **vulnerabilidade** entre a pessoa-jurídica

leitura suscitada pelo Código Civil. In: Questões controvertidas do direito das obrigações e dos contratos. V. 4., p. 127-155.

¹⁶¹ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ; *Droit de la consommation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 11 e 19.

consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 476428/SC; Recurso Especial 2002/0145624-5. Relator Ministra Nancy Andriahi. Julgado em 19/04/2005)

O STJ, ao menos neste julgado, procedeu uma interpretação extensiva do conceito de consumidor para abranger quem, de fato, naquela relação, não o era. Porém, no mais das vezes, a equiparação ocorre quando o empresário se enquadra no *status* de “consumidor equiparado”, sendo, então, aplicável o sistema do CDC porque visualizou, ali, relação jurídica de consumo.

Nas relações de consumo vige o princípio da **vulnerabilidade** do consumidor. O sistema jurídico brasileiro reconheceu a vulnerabilidade deste consumidor e concedeu ao Código de Defesa do Consumidor o *status* de norma de ordem pública¹⁶².

Em outras palavras, o sistema jurídico brasileiro reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, figura central protegida pelo CDC e, por conseqüência, deu a esta norma o *status* de ordem pública criando uma barreira contra a autonomia privada, tanto um limite negativo como uma forma de intromissão em relação a esse conteúdo.

¹⁶² A esse respeito, importante mencionar a lição de VIGO que bem explicita o que se deve entender pela concessão deste *status* a uma norma: [...] naquelas fontes formais do direito que são vinculadas ao exercício de poder político, cabe a consagração de normas jurídicas de ordem pública, **de onde resta vedado a particulares contrariar ou impor disposições deste tipo.** [...] Aquelas normas legais, consuetudinárias, jurisprudenciais ou coletivas que buscam promover o bem comum político, dirigem-se ao âmbito das decisões e acordos das partes da sociedade política, **estabelecendo não só um limite negativo ao princípio da autonomia da vontade, senão intrometendo-se em seu conteúdo.** In: VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: RT, 2005, p. 202.

A vulnerabilidade do consumidor é princípio motor da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I), vigorando para todas as relações contratuais em que haja um fornecedor e um consumidor e, portanto, não se restringindo aos contratos formados por adesão, embora neles tenha o seu campo de atuação precípua. Há a presunção de vulnerabilidade quando o sujeito for consumidor.

No que se relaciona ao tema que se tenciona abordar, a consideração no que tange da aplicação do sistema protetivo constante do Código de Defesa do consumidor passará, obrigatoriamente, pela análise acerca do enquadramento do empresário ao conceito de consumidor.

De acordo com a teoria doutrinária “finalista”, aquele empresário que adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC.

Como é sabido, o CDC previu a proteção para: (i) o consumidor em sentido próprio, ou seja, a pessoa física ou jurídica, mais fraca frente ao fornecedor, adquirente ou usuária de produto ou serviço, a destinatária final, denominado “consumidor em sentido próprio”; e, (ii) aquele que pudesse ser equiparado ao consumidor (o “consumidor equiparado”).

Explica Daniela Fontoura de Barcellos¹⁶³ a condição de consumidor equiparado: “o texto legal, equipara, em três diferentes momentos outros que, apesar de não possuírem uma ou mais características do sujeito especialmente tutelado, merecem alguma proteção”.

Estas três extensões legais são: (a) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, do CDC), (b) as vítimas do evento danoso (art. 17 do CDC) e (c) as pessoas expostas às práticas comerciais ou contratuais abusivas (art. 29 do CDC). Assim, conclui Barcellos, no Brasil,

há a possibilidade de proteção para sujeitos que, embora não se integrem ao conceito de consumidor em sentido próprio, igualmente sofrem efeitos oriundos das atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos, ou **mesmo profissionais**, podem intervir nas relações de consumo de forma a ocupar uma posição de inferioridade. Por isso, tais sujeitos, não possuidores de todas as características do consumidor *standard*, são a ele equiparados e, como tais, recebem proteção especial da legislação

¹⁶³ Sobre esse tema tratou: BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor: Análise comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino*. Dissertação de Mestrado, não-publicada. Porto Alegre, 2004.

consumerista. O que diferencia basicamente o tratamento desses e o do consumidor padrão é que a **proteção do equiparado é limitada, seja em razão da extensão dos direitos, seja em razão da legitimidade para seu exercício.**¹⁶⁴

Das três possibilidades de equiparação, interessa aos fins da presente investigação a constante no art. 29, isto é, a exposição à prática contratual abusiva. Os critérios para considerar o empresário ou a empresa como vulnerável são fluidos e adaptáveis à situação de fato, ao caso concreto, como tem reafirmado em diversos julgamentos o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁵.

Na Doutrina e Jurisprudência brasileira a orientação acerca do conceito de consumidor era direcionada pela teoria finalista ou subjetiva para a qual é consumidor o destinatário final fático e econômico¹⁶⁶. Porém, o Superior Tribunal de Justiça consagrou um abrandamento da doutrina finalista, na medida em que passou a admitir, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores empresas, desde que demonstrada, *in concreto*, a **vulnerabilidade** técnica, jurídica ou econômica¹⁶⁷.

Observamos algumas dificuldades na prática deste enquadramento em decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Um caso merece menção especial: trata-se de contrato de *leasing* que tem, de um lado, uma empresa que trabalha com máquinas copadoras, ou seja, que tem sua atividade direcionada para realização de cópias reprográficas de documentos. E, do outro lado, a empresa XEROX do Brasil. O Desembargador relator reconheceu a existência de relação de consumo com fulcro no fundamento de que a Arrendante-XEROX era, sem dúvida, fornecedora¹⁶⁸.

Uma objeção deve ser feita, neste particular, acerca do método utilizado e que levou à aplicação do CDC: o julgador preocupou-se em detectar as características da XEROX para enquadrá-la como fornecedora e fulcrou o entendimento de que se tratava de relação de consumo no reconhecimento desta como fornecedora. A preocupação primeira, entendemos, deveria ter sido, a detecção da figura do consumidor. Caso fosse a empresa arrendante-

¹⁶⁴ A esse respeito vide BARCELLOS, op. cit.

¹⁶⁵ STJ. REsp. 476.428-SC, C. Competência n. 14.554-MG, REsp. 54.023-2, REsp. 68.4613.

¹⁶⁶ STJ. REsp. 476.428-SC. Relator Min. Nancy Andrighi.

¹⁶⁷ STJ. REsp 660026/R; Recurso Especial 2004/0073295-7. Rel Ministro Jorge Scartezini (1113). Julgado em 27.06.2005, p. 409.

¹⁶⁸ (Apelação Cível nº 70004446399, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 13/03/2003). Ementa com 5 laudas e acórdão com 72 p., daí o porquê de não tê-las colocado na íntegra.

aderente consumidora, poderia invocar a proteção do CDC. De qualquer maneira, a aderente não poderia ter sido considerada como consumidora porque as máquinas de xérox “entram na cadeia produtiva e nada tem a ver com o conceito de destinação final¹⁶⁹”, sendo utilizadas para o desenvolvimento da atividade empresarial. O julgador poderia ter buscado, no princípio geral de proteção ao aderente o fundamento protetivo ao empresário vulnerável ou poderia ter fulcrado seu posicionamento na “vulnerabilidade fática”, etc. Desnecessário o esforço para proteger utilizando o CDC. O próprio Código Civil, que regula originariamente a matéria, conta com regramento suficiente para coibir a abusividade e permite que se reconheça a vulnerabilidade, diante do princípio geral de proteção ao aderente.

Em outros julgamentos do TJRS, encontramos aplicado o CDC, com ênfase na essencial detecção da figura do consumidor-empresário-aderente. Vejamos um exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING OPERACIONAL. Máquina xerox. Afigura-se *leasing* operacional o contrato em que o arrendatário paga valores mensais destinado a uso do equipamento. Configurada nítida relação de consumo, opera-se a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente. Sentença desconstituída e autos remetidos à origem para que seja oportunizada à Ré a produção de prova pericial. AGRAVO RETIDO PROVIDO E PREJUDICADO O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. (Apelação Cível nº 70010234367, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 23/12/2004)

Todavia, ressalte-se, que, neste julgado, o fundamento utilizado para o reconhecimento do empresário como consumidor é a nominada “hipossuficiência” do mesmo e não a sua vulnerabilidade. O conceito mais adequado ao caso é a vulnerabilidade, como reiterou o STJ. Como dito, o conceito de hipossuficiente é subjetivo e de mais difícil preenchimento, enquanto o de vulnerabilidade é utilizado de forma objetiva, através da avaliação das condições técnicas, jurídicas ou econômicas daquele empresário naquele contrato.

Vejamos um julgamento exemplificativo do STJ, aplicando a vulnerabilidade:

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA.

¹⁶⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Em comentário às disposições finais do CDC. In: GRINOVER e BEJAMIN, op. cit. p. 32.

EXCEPCIONALIDADE. Não constatação. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua **vulnerabilidade** no caso concreto; por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO. (STJ. AgRg no REsp 687239/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0084577-7. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 06/04/2006)

Por último, interessante recordarmos outro exemplo, os contratos de crédito, quando celebrados tendo como estipulante uma instituição financeira. Tem-se reconhecido, quando possível, a figura do aderente-empresário-consumidor, como consumidor equiparado, porque indubitável sua exposição às práticas abusivas e a situação de vulnerabilidade em que este é colocado. Necessária, portanto, nestes casos, a tutela protetiva do consumidor equiparado, no intuito de reequilibrar a relação e reprimir o abuso do poder econômico¹⁷⁰.

C.2.4 Vulnerabilidade decorrente da utilização do meio eletrônico

O “comércio eletrônico” por adesão abarca a celebração de atos negociais entre empresários realizada através de contratação a distância, conduzida por meio eletrônico (e-mail, mensagens de texto etc.), por INTERNET (*on line*) ou por meio de telecomunicações de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Trata-se de contratos celebrados sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados contratos à distância¹⁷¹.

A utilização do meio eletrônico (contratos telemáticos) pode dar-se em todas as fases contratuais desde o processo formativo (envolve os primeiros contatos até a efetiva oferta do instrumento contratual para aceitação) até o período do cumprimento.

Quando se trate da utilização da INTERNET, pode ocorrer que esta seja apenas instrumento auxiliar de distribuição, e a conclusão do contrato dê-se *offline*. Outra é a situação quando a INTERNET é utilizada como plataforma para conclusão do contrato (a efetiva

¹⁷⁰ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. Biblioteca de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

¹⁷¹ Distinção fundamental que encontrei no livro: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

celebração contratual ocorre através da INTERNET)¹⁷². Na primeira, o contratante-aderente poderá ter o tempo e os meios necessários para apreciar o contrato, e seu acesso às cláusulas poderá ocorrer com mais facilidade. Diferentemente, ocorre na segunda situação, quando a contratação por adesão é consumada na INTERNET. O uso da INTERNET muito contribui para impor velocidade de decisão às partes¹⁷³ e diminuir sua capacidade de discernimento. A exigência de uma decisão rápida propicia, muitas vezes, a dificuldade de compreensão e diminui o potencial de avaliar as conseqüências da adesão àquele contrato.

Pode ser que o empresário aderente, no *site* de uma determinada empresa, apenas para conhecê-la ou que efetue, ali, todos os atos para celebrar o contrato, e que esta “visita”, ao espaço cibernético do outro, culmine com a celebração do contrato, ou seja, o efetivo aceite das condições pré-fixadas no modelo contratual disponível naquele *site* para adesão. Importante que se perquirira, para cada contratação por adesão, a situação fática, com o escopo de avaliar à medida que se fez uso do meio eletrônico. Quanto menor o contato direto, maior será a vulnerabilidade daquele aderente. Esse terá de confiar inteiramente na aparência daquilo que encontra no espaço eletrônico.

A situação de compra e venda que se faz de um bem, por intermédio de um catálogo endereçado à residência e a aquisição, desse mesmo bem, por meio de sua exibição em uma tela, apresentam as mesmas características fundamentais. No entendimento de NEWTON DE LUCCA, alinhado com a doutrina majoritária, em ambos os casos não há o comparecimento do empresário-aderente no estabelecimento do empresário-estipulante¹⁷⁴:

Acompanho o entendimento de que o *site* do estipulante não pode ser considerado como se fosse o estabelecimento comercial e essas vendas devam ser consideradas como sendo fora do estabelecimento. Inexiste o estabelecimento comercial virtual.

Assim, para ambos, tanto na compra com catálogo como naquela que se dá, telematicamente, vige o direito de arrependimento. A questão será a lei incidente a disciplinar

¹⁷² Expressões que encontrei in: MARQUES, op. cit., p. 79.

¹⁷³ Nesse sentido é a menção. In: LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

¹⁷⁴ Acompanho o entendimento de que o *site* do estipulante não pode ser considerado como se fosse o estabelecimento comercial e essas vendas devam ser consideradas como sendo fora do estabelecimento. Inexiste o “estabelecimento comercial virtual”. Entendimento mencionado por NEWTON DE LUCCA. In: LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.111.

a situação, se o empresário-aderente puder ser equiparado a consumidor, estará sob a proteção concedida por tal condição e incidirá o art. 49 do CDC¹⁷⁵.

Indiscutível que a utilização do meio eletrônico na contratação coloca a outra parte em condição de “sujeito vulnerável”. Quanto maior a utilização de meio eletrônico tanto maior será a vulnerabilidade do aderente porque este terá de confiar na aparência daquilo que vê (um *site*, por exemplo), uma vez que não há o contato direto¹⁷⁶.

O mundo virtual é “vinculante”¹⁷⁷, assim todas as informações exaradas por meios telemáticos devem ser consideradas quando se tenha por objetivo interpretar aquele contrato. Citando-se um exemplo, se em visita ao *site* de uma empresa, o empresário ou mesmo representante da empresa aderente depara-se com uma série de informações que o induzem a contratar, estas informações, embora não constantes do texto contratual para adesão (o contrato pode ser ou não celebrado naquele momento e no espaço virtual ou fora dele), vinculam o empresário estipulante.

Existem outros argumentos que reforçam a atribuição da condição de vulnerável ao empresário quando efetua um contrato de compra e venda por adesão através de meio eletrônico.

i. o fato de ter que enviar valores sem ter recebido e ainda não verificada a conformidade do produto;

Interessante mencionar o recurso adotado para suprir essa dificuldade nos contratos internacionais. Trata-se da contratação de um terceiro, perito naquele produto, ao qual caberá a verificação de conformidade, antes que o produto saia do local de origem.

ii. dificuldade em avaliar os riscos de transporte e acondicionamento;

Citando um exemplo: duas galerias de arte celebram contrato de comercialização de obras de arte. O empresário-aderente olha no *site* da galeria estipulante, gosta do que vê ali representado através de fotografias, encomenda as obras e estas chegam quebradas à sede de sua empresa, porque eram muito frágeis para ser transportadas da forma como foram. Se houver cláusula de exclusão de responsabilidade civil no contrato celebrado por adesão, em razão da manifesta vulnerabilidade, discutir-se-á a eficácia desta. Atente-se que não se discute, no caso, a responsabilidade inerente ao contrato de transporte, a qual refere-se a outra

¹⁷⁵ LUCCA, *Aspectos...*, p.111.

¹⁷⁶ Sobre e confiança ler: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

¹⁷⁷ MARQUES, *Confiança...*, op. cit., p. 50.

relação jurídica entre o contratante-aderente e o contratante-estipulante-transportador, contratação comumente, também, celebrada por adesão.

iii. ter de custear transporte de produto para troca por outro nos casos de inconformidade do mesmo.

Ter-se-á que avaliar a situação fática, a preservação ou não da autonomia daquele que adere. Se o empresário-aderente teve pleno conhecimento das condições do contrato e tempo suficiente para apreciação do conteúdo, não se falará em abusividade, embora reconhecida sua maior vulnerabilidade.

C.2.5 Vulnerabilidade decorrente da situação fática do aderente

Para alguns autores, como GHERSI, quando se trata de acordo celebrado entre empresas que se encontram em relativo plano de igualdade jurídica, não se pode falar em “predisponente” e “aderente”, como partes desiguais, senão em partes que, guiadas por um objetivo comum, cooperam reciprocamente para alcançá-lo, recobrando vigência do princípio da autonomia privada¹⁷⁸. Contudo, em rigor, não é o que sempre ocorre, devendo, por vezes, ser posta em causa essa afirmada igualdade entre as partes. O contrato por adesão interempresarial é, a princípio, “paritário”¹⁷⁹ mas envolve uma “estrutura social” que tem de ser percebida e transposta para o mundo do direito sem se perderem de vista os “fatores dinâmicos” do contrato em estudo¹⁸⁰. Aliás, se assim não fosse, não se justificaria, sequer, a regra do art. 423 do Código Civil.

Trata-se, aqui, da existência de “posição dominante” do estipulante. Há que se ter cuidado para não confundir com a “dependência econômica”¹⁸¹, pois a posição dominante pode ser decorrente de outras situações não relacionadas à questão econômica, como situações de estratégia empresarial.

Na prática empresarial, encontramos uma infinidade de situações contratuais em que há manifesta inferioridade do aderente, decorrente de uma situação fática que circunda aquele

¹⁷⁸ GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit., p. 83.

¹⁷⁹ Não se trata aqui de uma relação como a de consumo, onde há presunção de vulnerabilidade de uma das partes. Aqui, a regra é a igualdade de condição entre os contratantes, ambos empresários.

¹⁸⁰ Esses são os termos que encontramos no esclarecedor artigo: MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. Separata, Revista Forense, v. 382, p. 128.

¹⁸¹ Essa é uma das conclusões encontradas in FORGIONI, op. cit., p. 405.

instrumento. É o caso, por exemplo, da contratação por adesão que ocorre entre uma concessionária de automóveis e o fabricante da marca que revende, situação anteriormente mencionada.

Tal relação é regulada pela Lei Ferrari (Lei 6.729 de 28.11.1979 alterada pela Lei 8132, de 26.12.1990.) que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, determinando que a mesma dar-se-á por concessão mercantil. Considera-se como partes, de um lado, o produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores, e do outro lado, entende estar o distribuidor, a empresa comercial que pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade (art. 2.). O objeto do contrato será a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor, a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive, quanto ao seu atendimento ou revisão.

Para o aderente, no contrato de concessão comercial, além da falta de opção quanto ao conteúdo das cláusulas, também estará restrito o seu poder de escolha, pois, terá de adquirir aquela determinada marca de automóvel para poder dar continuidade ao seu negócio. Há, sem dúvida, vulnerabilidade fática, decorrente da “posição dominante”, do concedente em relação ao concessionário. O texto legislativo presume esta vulnerabilidade do aderente e apresenta um efetivo intuito protetivo do mesmo. Trata-se de lei ampla, verdadeiro microsistema para regular esta ambiência específica.

A cláusula de exclusividade, incluída nos contratos de distribuição comercial, pode agravar a situação e colocar o aderente-distribuidor em “dependência econômica”, verdadeira “prisão econômica”¹⁸² (vulnerabilidade econômica). Presentes, portanto, a posição superior (vulnerabilidade fática) e a dependência econômica (vulnerabilidade econômica).

PAULA FORGIONI¹⁸³ relata outra problemática: quando haja **fornecimento** exclusivo, ou seja, quando um fornecedor se obrigue a vender seus produtos para um único distribuidor, ficando o fabricante impedido de contratar distribuição com outro agente. A dependência econômica, no caso, seria inversa quando haja uma limitação ao fornecedor de entregar seus produtos tão-somente àquele distribuidor. Podemos exemplificar essa situação com o caso de um grande atacadista que adquire, com exclusividade, toda a produção de

¹⁸² FORGIONI, op. cit., p. 254 e 255.

¹⁸³ Idem, p. 255.

determinada empresa para distribuí-la a supermercados de uma região. Sendo contratação por adesão, caso a elaboração unilateral do contrato tenha sido realizada pelo fornecedor, nenhum problema haverá, uma vez que este mesmo fixou a cláusula que o prejudica, sendo esta plenamente válida e devendo ser-lhe reconhecida a eficácia. O problema sobrevirá quando esta cláusula for fixada pelo distribuidor, o qual tem maior poderio econômico e a situação de dependência do outro foi por ele gerada¹⁸⁴.

A situação de monopólio na prestação de um serviço ou no fornecimento de um produto aumentará, também, a vulnerabilidade do aderente. No entender de STIGLITZ¹⁸⁵, “já não se pode falar em igualdade de condições entre as partes”. Muito mais quando se esteja tratando de serviço monopolístico, uma vez que o aderente, não teria a possibilidade de buscar outro estipulante, que lhe oferecesse melhores condições para com ele contratar.

Assim, por exemplo, na contratação de transporte, se sobrevier monopólio privado, se somente aquele estipulante efetua aquele tipo de transporte naquela região? Entendo que, nesse caso, deva-se falar em maior vulnerabilidade fática do aderente porque estará reduzida, ainda mais, sua liberdade: tem de contratar com aquele predisponente e com a aceitação daquele modelo contratual, fixado de forma unilateral por aquele. Maior fundamento há para negar validade àquelas cláusulas que se possa enquadrar na conceituação de abusiva.

Pode-se argumentar no sentido de que a vulnerabilidade estaria afastada face ao escopo evidente de lucro que impulsionaria a necessidade de contratar. É certo que o ato de adesão deverá ser uma conveniência para a parte aderente que visa ao lucro. Mas, justamente pelo fato de o aderente visar ao lucro, e, muitas vezes, não restar outra opção a não ser contratar, é que faz com que acabe aceitando cláusulas não negociadas as quais não aceitaria se possuísse liberdade absoluta, o que denota sua vulnerabilidade fática.

C.2.6 A Vulnerabilidade econômica

A vulnerabilidade econômica do aderente pode manifestar-se de diferentes formas. Uma delas será a existência de condição econômica mais vantajosa do contratante fazendo com que domine a contratação. Assim, outra situação contratual que merece abordagem é a

¹⁸⁴ Nesse caso, ter-se-á que analisar a cláusula e sua aplicação na prática para verificar a abusividade ou não, como veremos quando tratarmos deste tema no item C.3.

¹⁸⁵ STIGLITZ mencionou a inexistência de situação de monopólio na adesão, o que levou-me a questionar o aumento da vulnerabilidade se ocorra situação monopolística. STIGLITZ, *El Contrato de Seguro...*, p. 99.

que sobrevém quando temos, de um lado, uma pequena empresa e, de outro, um grande complexo empresarial, e esta pequena empresa não possa ser enquadrada no conceito de consumidor. Poder-se-á falar em assimetria e do conseqüente reconhecimento de vulnerabilidade e aplicação do sistema protetivo inerente a essa definição?

A Constituição Federal prevê tratamento privilegiado para a pequena e média empresa no art. 170, X. Pergunta-se: se a Constituição tem intuito protetivo em relação à pequena empresa, até que ponto esse tratamento deverá ser aplicado para as relações empresariais?

Interessante mencionar aqui a concepção de micro e pequena empresa. A Lei 9841 de 05.10.1999 revogou expressamente a Lei 7.256 de 27.11.1984. Existem vários critérios para considerar uma empresa como sendo de pequeno porte. Pode-se considerar o número de pessoas que trabalham, esse é denominado ‘critério organizacional’. Conforme esse critério, é pequena a empresa em que o proprietário centraliza quase todas as atividades. Fala-se, também, no ‘critério do volume monetário’ (esse critério é utilizado pela Lei 9.841 que oferece valores máximos), o qual poderá envolver avaliação daquela contratação e das demais ocorridas entre aquelas partes.

Entendo que esta assimetria de “*status econômico*”¹⁸⁶ deva ser considerada no caso concreto e, se reconhecida, deva acarretar a possibilidade protetiva fundada na inferioridade econômica. Entretanto, a avaliação de existência ou não de vulnerabilidade econômica da parte passará, necessariamente, pela análise do porte da contratação. Um exemplo retirado de julgado do STJ: não poderá uma empresa que celebrou um contrato de mais de um milhão alegar vulnerabilidade econômica, ainda que o capital social seja de modestos 20 mil reais¹⁸⁷.

Uma situação contratual em que caberia esse tipo de análise é a que envolve as denominadas “empresas-satélites”, as quais produzem uma mercadoria para uma grande empresa matriz ou subcontratante¹⁸⁸. É o caso, por exemplo, das empresas de pequeno porte que fornecem componentes para as indústrias eletroeletrônicas.

A inferioridade econômica deve ensejar o maior intuito protetivo do empresário-aderente, uma vez que reforça sua vulnerabilidade diante do estipulante. A proteção constante do art. 424, ainda que genérica, apenas determinando que o contrato deva ser interpretado em favor do aderente, dará abertura ao intérprete para que atue no sentido de reequilibrar o

¹⁸⁶ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 89.

¹⁸⁷ O exemplo foi retirado do julgado: STJ. REsp 684613. SP 2004/0120460-3. Ministra NANCY ANDRIGHI, J: 21.06.2005. DJ: 01.07.2005, p. 530.

¹⁸⁸ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. *Revista de Direito Mercantil*, n. 124, a. XL, out.-dez. 2001, p. 183-198.

contrato. Não é necessário que se migre para o Código de Defesa do Consumidor, fazendo grande esforço para ver na figura do empresário um “consumidor”, para justificar a proteção. Basta que se verifique a condição de vulnerável já reconhecida pelo Código e que, nestes casos, é reforçada pela posição de contratante inferior economicamente.

C.3 O critério da abusividade da cláusula

Na contratação por adesão, é de suma importância a discussão da abusividade ou não de uma cláusula, isso porque a existência de unilateralidade de formulação e rigidez de conteúdo favorece ao predisponente e lhe permite aproveitar-se de sua condição, no intuito de reafirmar-se, através da imposição de cláusula que, integrando configuração interna do contrato, aponte a posição dominante que desfruta o profissional¹⁸⁹.

A luta contra as cláusulas abusivas é um fenômeno mundial. A noção de *unconscionable clause* é comum nos Estados Unidos desde 1962. Naquele momento, já poderia ser detectada a preocupação em criar técnicas conducentes ao controle de conteúdo para os contratos por adesão, com a recusa em aplicar as denominadas “cláusulas odiosas”¹⁹⁰.

Na Europa, são consideráveis os esforços em combater as cláusulas abusivas em face dos princípios da política de proteção e informação dos consumidores. Desde a Lei 132-1 de 1978, na França, por exemplo, existe a noção de cláusulas abusivas para o direito comum dos contratos. Ainda que as cláusulas abusivas não contenham uma definição legal, o combate às mesmas passou a ocupar importante papel no direito do consumidor¹⁹¹.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 51, arrola algumas cláusulas que considera “nulas de pleno direito” porque abusivas. Embora, o texto legal careça de um conceito expreso, os itens ali listados permitem ter uma noção dos critérios que devem ser utilizados para o entendimento de uma cláusula como abusiva. Depreende-se, também, do texto legal, que a abusividade consiste na “patologia” mais grave, em anormalidade¹⁹².

Os autores do Anteprojeto, em comentário ao art. 51, definem como abusiva a cláusula “notoriamente desfavorável à parte mais fraca da relação contratual¹⁹³”. Entretanto, o

¹⁸⁹ STIGLITZ, op. cit., p. 101.

¹⁹⁰ KARIMI, Abbas. *Les Clauses Abusives et la Théorie de L'abus de Droit*. Paris: LGDJ, 2001, p.3.

¹⁹¹ Mencionada em vários textos inclusive: KARIMI, op. cit., p. 3.

¹⁹² STIGLITZ, op. cit., p.117.

¹⁹³ GRINOVER, op. cit., p. 501.

entendimento a esse respeito não é uníssono. A doutrina consumerista aponta diversos caminhos para definir abusividade.

Uma parte dos juristas, em comentário ao Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁴, lista dois posicionamentos para esclarecer a figura da abusividade: o primeiro a define com condão subjetivo e que a conecta mais com a figura do abuso de direito¹⁹⁵, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais, de um poder (direito) concedido a um agente; o segundo representa uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com os paradigmas da boa-fé objetiva.

Outra parte da Doutrina lista três posicionamentos. O primeiro deles seria no sentido de que abusiva a cláusula que causasse ao consumidor prejuízo grave (substancial), do qual não pudesse se liberar (inevitável). No segundo, abusiva seria a cláusula que dele exigisse uma prestação além do razoável, de acordo com os critérios fornecidos pelo senso comum. No terceiro posicionamento, seria abusiva a cláusula reveladora de inescrupulosidade por parte do fornecedor, com ofensa aos bons costumes¹⁹⁶.

Diretiva 93/13 da Comunidade europeia, também, é valioso subsídio porque institui um sistema de sindicância baseado, justamente, no conceito de “cláusula abusiva”, situando-a como noção eminentemente *relacional*. Como observa o jurista português ALMENO DE SÁ¹⁹⁷: “para esse efeito, decisiva é a circunstância de a cláusula, contrariando as exigências da boa-fé, *originar um significativo desequilíbrio, em detrimento do consumidor*, entre os direitos e deveres das partes decorrentes do contrato”.

O princípio do equilíbrio contratual, na lição de direito comparado, atua, também, como baliza da abusividade, afirmando STIGLITZ¹⁹⁸ ser abusiva a cláusula que “importe em

¹⁹⁴ Comentários encontrados no livro: MARQUES; BENJAMIN; e MIRAGEM, op. cit., p. 621-626.

¹⁹⁵ Sobre o conceito de abuso de direito ler: MORAIS, Maria Amália. Do Abuso de Direito. Alguns Aspectos. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, n. 43, a XVIII, n. 43, 1985, p. 5-31.

¹⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L. (org.) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre, Revista AJURIS, 1994, p.14. Vide ainda HEINECK SCHMITT, Cristiano. Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 129

¹⁹⁷ SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2001, p. 19.

¹⁹⁸ STIGLITZ, Ruben. Contrato de Consumo y Clausulas Abusivas. In: *Estudos de Direito do Consumidor*. Vol. 1, 1999. Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, p. 321.

desequilíbrio significativo entre os direitos do consumidor e as obrigações e ônus do fornecedor, derivadas do contrato, em prejuízo do primeiro¹⁹⁹.

A doutrina francesa majoritária²⁰⁰ encaminha-se no mesmo sentido: são citadas duas expressões como sendo retratadoras da essência das cláusulas abusivas nas relações de consumo “**um abuso da posição**” e este deve estar “**conferindo vantagem excessiva**”²⁰¹.

Em resumo que nos fornece JUDITH MARTINS-COSTA: a idéia de uma cláusula “abusiva”, na conotação introduzida pelo CDC, é o que é “desmedido”, “irrazoável”, “excessivo”, tendo em conta certo *ponto de equilíbrio* entre os direitos e deveres pactuados no contrato. Daí porque também a abusividade se caracteriza como uma noção relacional, isto é: não há abusividade “em si”, mas *na relação com determinado parâmetro*²⁰².

Pergunta-se: no campo das relações contratuais entre empresários, considerando que não há esse pressuposto de desequilíbrio manifesto entre as partes que caracteriza as relações de consumo, pode-se falar em abusividade? E, se a resposta é afirmativa, qual o seu fundamento?

Acredita-se que é imprescindível, na configuração atual, a utilização da idéia de abusividade nas relações entre empresários, precipuamente aqui, no terreno da contratação por adesão. A idéia de abusividade será relativa àquela do abuso de direito que lhe antecede e constante do Código Civil, conforme o texto dado ao art.187²⁰³. Assim sendo, há que se ter, primeiro, uma noção mais clara da figura do “abuso de direito” que já foi apontada como sendo uma “logomaquia” (PLANIOL) ou uma *contradictio in terminis*²⁰⁴ o que não afastou a grande importância do instituto e de sua definição que vem hoje revestida pela noção do exercício disfuncional de determinada posição jurídica, configurando caso de ilicitude civil²⁰⁵.

No entanto, a maior dificuldade apontada pelos autores é como será realizada a fixação do que é justo, para, através da fórmula oposta, fixar o parâmetro do abuso. Para este estudo, utiliza-se a definição de abuso fulcrada na idéia do que é contrário à boa-fé objetiva, o que

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario e ALVES, Jones F. *Questões Controvertidas*, V. 6. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 514, nota 33.

²⁰⁰ Nesse sentido: KARIMI, Abbas. *Lês Clauses Abusives et la Théorie de L’abus de Droit*. Paris: LGDJ, 2001, p.13.

²⁰¹ O abuso de posição refere-se à posição econômica.

²⁰² MARTINS-COSTA, Os avatares..., op. cit.

²⁰³ Semelhante solução foi apontada para o direito francês, a esse respeito ler: KARIMI, op. cit., p. 58 e segs. Atente-se que, na França, o art. 1134, alínea 3, do Código Civil é utilizado como a base legal para aplicação de teoria do abuso de direito, 2001, p. 13.

²⁰⁴ Vide a esse respeito: VIGO, p. 261.

²⁰⁵ Assim, MARTINS-COSTA, Os avatares..., op. cit., p. 518.

retira do estudo diversas controvérsias apontadas, porque concede um parâmetro objetivo, padrão de conduta baseado, justamente, nos ditames da boa-fé. Se a medida do abusivo se esgotasse na boa-fé subjetiva, na moral e nos bons costumes, traria um forte conteúdo moral social incorrendo em certas redundâncias e imprecisões²⁰⁶.

Importante mencionar que alguns autores fundamentam a figura do abuso de direito no instituto da lesão. Neste particular, importante mencionar a lição de ABBAS KARIMI de que a situação de desequilíbrio “gênero” tem de ser distinguida daquela que ocorre quando há imposição de cláusula abusiva. O desequilíbrio originário da idéia de lesão ou estado de necessidade deriva da situação da vítima, enquanto o desequilíbrio produzido pelas cláusulas abusivas decorre do contratado pela vítima. “A parte débil, sem informação, não resiste à vontade do estipulante, beneficiário de uma posição dominante, que dita as condições do contrato”²⁰⁷.

Por último, entendo importante registrar que se contesta a afirmação de que “as cláusulas abusivas são o grande fator de vulnerabilidade dos contratos”²⁰⁸, por entender que a vulnerabilidade é anterior à abusividade. Primeiro vem a condição de vulnerável, depois vem o abuso, propiciado por esta.

No próximo item passar-se-á à aplicação do critério da abusividade abordando algumas situações de uso prático de cláusulas que têm sido consideradas como abusivas.

C.3.1 A utilização do critério da abusividade

Analizamos alguns contratos e julgados brasileiros na busca de cláusulas que poderiam ser consideradas abusivas, focando o estudo no objeto aqui, qual seja as relações interempresarias e tão-somente quando a contratação se dá por adesão. Pretende-se, portanto, listar algumas cláusulas e efetuar breve comentário, tentando listar parâmetros de análise destas quando incluídas nos contratos por adesão, em específico.

Na busca dos pontos que deveriam ser analisados para considerar uma cláusula como abusiva, encontramos autores que²⁰⁹ apontam dois itens: (i) que tenha havido a imposição

²⁰⁶ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 262.

²⁰⁷ KARIMI, op. cit., p. 15.

²⁰⁸ MORAES, op. cit., p. 243.

²⁰⁹ Itens apontados em: STIGLITZ, op. cit., p. 122.

unilateral da cláusula; e, (ii) que o desequilíbrio seja manifesto ou significativo. A discussão de uma cláusula entre aderente e estipulante (contratação por adesão parcial) diminui a possibilidade de que esta seja abusiva. Entretanto, o fato de ser discutida, por si, não afasta totalmente a possibilidade de abusividade, face à eventual posição inferior do contratante aderente. Pode ser que o aderente tenha negociado para deixar a cláusula “menos abusiva” do que era originalmente²¹⁰.

As cláusulas abusivas podem ser classificadas em dois tipos: (i) aquelas que o são em si mesmas (por sua própria natureza), a abusividade surgindo já na conclusão do contrato; e, (ii) aquelas que não são abusivas no momento da pactuação, mas cuja abusividade sobrevirá em determinados casos, são cláusulas “virtualmente abusivas”²¹¹

Quanto às cláusulas em si mesmas abusivas, mais facilidade haverá para sua detecção, pois a constatação da abusividade decorre da mera leitura, uma vez que insertas no texto contratual ofertado ao aderente. O segundo tipo oferecerá maior dificuldade, pois, necessária a análise de cada instrumento contratual específico e do estudo do que ocorreu durante o desenvolvimento daquele contrato; este é o perfil relacional do instituto anteriormente mencionado. A avaliação quanto à abusividade deverá considerar um contrato e o contratante determinado naquela situação específica, e não avaliar o contrato baseado em um ser em abstrato²¹².

Podemos citar um exemplo, na tentativa de aclarar a distinção classificatória: trata-se de um contrato de locação de loja (loja 1) em *shopping center*, onde foi pré-fixada uma cláusula obrigando o locatário a tolerar e não modificar determinado sistema de arejamento pré-existente e proveniente da loja ao lado (loja 2), sendo o locador proprietário de ambas as lojas. Ocorre que o locador pretendia locar o espaço ao lado (loja 2) a uma cadeia de restaurantes. Passado algum tempo, o locador consegue celebrar o contrato de locação, e o restaurante é instalado e serve inúmeras refeições ao dia, o que gera acúmulo excessivo de gordura e mau cheiro no sistema de arejamento e, por conseqüência, na primeira loja locada (loja 1). O contrato por adesão interempresarial celebrado entre locador e locatário não apresentava qualquer abusividade, quando de sua celebração, mas, esta sobreveio do desenvolvimento do contrato. A cláusula que obrigava o locatário a tolerar o sistema de arejamento tornou-se abusiva.

²¹⁰ Menciona-se negociação quando se fala em contrato parcialmente por adesão.

²¹¹ KARIMI, op. cit., p. 62.

²¹² A esse respeito menciona: FRADERA, Vera Jacob. Ineficácia das Cláusulas Abusivas no Sistema Brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. V. 43, a. 11, jun.-set., p. 316-24, 2002.

Sobre as cláusulas abusivas desde a origem, interessante ler o relato do doutrinador português MOTA PINTO²¹³ que, já em 1977, listava algumas das cláusulas, reiteradamente consideradas abusivas pelos julgados alemães em razão do § 242 do BGB, às quais o sistema alemão impunha invalidade: a) Cláusula de exoneração ou limitação de responsabilidade quanto aos vícios da coisa vendida, nos contratos de transporte e depósito, por exemplo; b) cláusula de inversão do ônus da prova favorável ao devedor no cumprimento defeituoso; por exemplo, no transporte; c) cláusula restritiva da liberdade pessoal; d) cláusulas de competência territorial convencional ou cláusulas arbitrais.

Outro exemplo de cláusula que se mostra abusiva quando aplicada: em contrato de concessão comercial, cláusulas que disciplinem de forma excessiva como deva ser dada a continuidade do negócio do concessionário. O regramento é excessivo a ponto de inviabilizar a continuidade do negócio²¹⁴, o excesso aparece quando aplicado.

Há que se ressaltar que, no campo das relações interempresariais, os parâmetros para analisar o que se deve considerar como abusivo devem divergir daqueles aplicáveis às relações de consumo. Um exemplo: se a análise se detiver numa cláusula que estabeleça a perda de prestações nas relações de consumo, esta deverá ser considerada abusiva desde a origem. Entretanto, a mesma cláusula poderá não ser abusiva quando incerta em contrato por adesão, quando os contratantes sejam dois empresários. Pode ser que o empresário aderente tenha avaliado que a perda das prestações, prevista naquele instrumento, seja justa porque sua possibilidade de lucro com aquela adesão seja tanta que valha perder o investido em caso de finalização do contrato. Em suma, a tendência da contratação entre empresários é que as cláusulas sejam “virtualmente abusivas”, utilizando a expressão de STIGLITZ²¹⁵. Trata-se de abusividade conexa com o desenvolvimento do contrato e não pode ser considerada abusiva desde a origem. Cite-se outros exemplos:

1. Cláusula que estabeleça que pagamento de determinada fatura importa em adesão;

Em princípio, a adesão tem de decorrer de atitude afirmativa da parte aderente, concordando, de forma efetiva com os termos do contrato. Assim, o simples pagamento da fatura talvez não possa ser considerado ato de adesão, principalmente, se o aderente não tinha pleno conhecimento dos termos do contrato. Outro ponto a considerar é se essa era a prática daquele grupo de empresários ou daquela relação jurídica.

²¹³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Contratos de adesão*. Revista Forense, jan.-mar. 1977, v. 257, a. 73, p. 41.

²¹⁴ Exemplo exarado da Corte de Cassação Francesa citado in: KARIMI, op. cit., p. 92.

²¹⁵ Itens apontados em: STIGLITZ, op. cit., p. 122.

2. Cláusula de eleição de foro;

A regra é que conste do contrato de adesão o foro para resolução de eventual controvérsia. A eficácia ou não dessa cláusula dependerá da análise do caso. Cabe ao juiz, que recebe a petição inicial, examinar a eficácia de tal cláusula e impedir que, através de seu cumprimento, esteja sendo sobremaneira dificultada a defesa do demandado. Sempre deverão ser considerados pelo magistrado os princípios do acesso à justiça e ampla defesa. Nesse sentido tem sido o entendimento do STJ, leia-se um exemplo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. Segundo a orientação predominante na 2a. seção, a incompetência em razão do lugar, por ser de natureza relativa, deve ser suscitada pelo réu (Súmula 33), ainda quando se trata de foro de eleição estabelecido em cláusula de contrato de adesão. Solução a que o relator adere, por ser a ré uma empresa, em relação a qual não prevalece a presunção de que esteja inibida de exercer sua defesa no foro eleito. (STJ. CC 14554/MG; Conflito de Competência. 1995/0037999-6. Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar. Julgado em 13.12.95)

A abusividade da cláusula estará evidenciada quando o demandado possuir extrema dificuldade de exercitar sua defesa, incumbindo ao juiz impedir que ela tenha eficácia, declinando a competência para o foro de domicílio do demandado. A competência em razão do lugar é relativa e deve ser alegada pela parte interessada. Quando se trata de contratação entre empresas, presume-se a possibilidade desta de exercer sua defesa judicial no foro eleito. Mas, essa presunção será relativa podendo ser afastada pela prova, por parte desta, de que não possuía condições reais de fazê-lo. Reitere-se que sempre cabível a análise da real situação da parte pelo magistrado. A razão da eventual proteção é tutelar o contraente prejudicado, e a busca de uma “contratualidade efetiva” e não apenas formal das cláusulas onerosas²¹⁶.

3. cláusulas que negam pagamentos de *royalty*;

Quanto mais delimitada essa escusa em pagar estiver menor, chance haverá de que seja reconhecida como abusiva. Caso refira-se, de forma expressa, a determinado produto negociado entre as partes, a chance de esta ser abusiva reduzirá.

4. cláusula de confidencialidade;

²¹⁶ CESARO, Ernesto. Op. cit., p. 30.

Caso a confidencialidade exigida viole o direito do contratante aderente de desenvolver sua atividade, embora o desenvolvimento dessa atividade, por si só, não tivesse potencial de influenciar a atividade do estipulante ou mesmo do contrato celebrado entre eles a cláusula será abusiva. Um exemplo mais específico, cláusula de proibição de que o aderente faça qualquer publicidade pode ser abusiva, mas a proibição de que promova determinado produto porque o mesmo era objeto de contrato por adesão sendo que o estipulante é que tencionava promover a divulgação do mesmo produto não será abusiva.

5. fixação da cláusula penal acima do valor da obrigação principal do contrato;

A cláusula penal visa à pré-fixação das perdas e danos, não pode constituir um instrumento de enriquecimento sem causa, nem uma restrição indireta à liberdade de comércio (inibe eventual terminação do contrato)²¹⁷. O Código Civil de 2002 alinhou-se a essa premissa e estabeleceu que a mesma não pode ser superior à obrigação principal.

A princípio, tal cláusula violaria o art. 412 do Código Civil. Todavia, inserta em contrato por adesão interempresarial, nem sempre importará em ilegalidade ou abuso. Um exemplo: se um empresário estipulante contrata fixando com o aderente a entrega de R\$ 100,00 (cem reais) em mercadorias para que determinado produto seja divulgado em evento, e o aderente não entrega o produto a tempo e a cláusula penal fixada seja de R\$ 1.000,00 (mil reais). Não se poderá falar em abuso porque a falta do produto no evento inviabilizará a divulgação e não permitirá que o estipulante efetue muitas vendas futuras, o que acarretará ao mesmo prejuízo muito superior à cláusula penal fixada.

6. Cláusula de intercâmbio de informações com previsão de inspeção em arquivos de computadores localizados na residência do aderente;

Essa será uma cláusula a que possibilitaria muitos abusos e violações, principalmente ao direito de intimidade do aderente, uma vez que autoriza que o estipulante ingresse na residência do aderente. Entretanto, imagine-se que o aderente mantenha, em sua residência, uma teleentrega de determinado produto e que o contrato preveja o pagamento de porcentagem sobre os lucros produzidos pela comercialização. No intuito de verificar a correção dos valores repassados, o estipulante necessita ingressar na residência do aderente.

7. cláusula de exclusão de responsabilidade:

²¹⁷ A esse respeito interessante ver o texto: WALD, Arnoldo. Da Invalidez de cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente. *Revista da Consultoria Geral do Estado*. V.5, n. 13, a. 1975, p. 239

As relações bancárias, na realidade brasileira, oferecem muitos exemplos de cláusulas abusivas desde a origem. Um exemplo destas são as que buscam exclusão de responsabilidade por cheque falsificado. É obrigação do banco a guarda e o cuidado com os documentos e valores da empresa-cliente, e a verificação de que a assinatura aposta no cheque seja mesmo do responsável pela empresa.

No caso dos contratos de transporte, o entendimento é no sentido da responsabilidade objetiva conforme a teoria do risco criado. Entretanto, na contratação por adesão entre empresários, a solução pode não ser tão simples. Cite-se um exemplo para esclarecer. Suponha-se que o transportador-empresário-estipulante transportará carga que se encontra no estabelecimento da empresa aderente. Ocorre que o local onde está estabelecida a empresa aderente é de “alto risco social”, ou seja, conta com grande incidência de furtos e roubos porque está localizado na periferia de uma grande cidade. Assim, a apólice poderá excluir a responsabilização por furtos e roubos no perímetro de 200 m da empresa aderente, por exemplo, sem que tal cláusula seja considerada abusiva²¹⁸.

Citando outro exemplo, das relações securitárias empresariais, levantado em julgamento do STJ, para demonstrar o quão controversa é a matéria: houve pedido de pagamento do seguro, embora a cláusula de exclusão de responsabilidade tenha sido considerada como não abusiva. Leia-se:

SEGURO. INCÊNDIO. FATO CRIMINOSO IMPUTADO A UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA LOCATÁRIA DO IMÓVEL. BENEFICIÁRIA, TERCEIRA DE BOA-FÉ, QUE NÃO TEVE PARTICIPAÇÃO ALGUMA NO SINISTRO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. – Reconhecida a boa-fé da beneficiária do seguro, o ato ilícito cometido pelo segurado (provocação do incêndio) não a atinge, sendo, pois, válido o contrato em relação a ela. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO, PREJUDICADA A MEDIDA CAUTELAR nº 5.195. (STJ. REsp 464426/SP; Recurso Especial 2002/0121251-8. Relator Ministro Barros Monteiro Julgado em 02/10/2003)

Trata-se de contrato por adesão entre empresa e seguradora, onde consta cláusula de exclusão de responsabilidade por ato intencional. O imóvel era locado de empresária (proprietária). Um dos sócios dessa empresa ateou fogo no estabelecimento. No contrato por adesão de seguro imobiliário havia cláusula de exclusão de ato intencional do segurado. O

²¹⁸ Sobre transporte interessante ler: CORDOBERA, Lidia. Casos de Responsabilidad Civil. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 52-61.

exemplo é útil para nós, embora o instituto jurídico aplicado seja a boa-fé no sentido subjetivo, ou seja, aquela ligada à intenção, ao sentimento do agente e não a que se aborda neste trabalho, como pauta hermenêutica, a boa-fé objetiva (o acórdão afirma estar a seguradora “de boa-fé”). É útil porque a cláusula inclusa no contrato que exclui a responsabilidade quando houver sinistro decorrente de atuação intencional do segurado. Tal cláusula serve para a análise aqui porque demonstra que existem estipulações (cláusulas) de exclusão de responsabilidade que são válidas. Entretanto, no caso o STJ decidiu que a seguradora deveria pagar o seguro porque a proprietária do imóvel (de boa-fé) sairia lesada. Não pode haver inclusão de cláusula de exclusão de responsabilidade que atinja a beneficiária, ainda que tenha havido ação dolosa do sócio da empresa para quem a seguradora locou o seu imóvel.

8. as cláusulas “surpresa”.

A previsibilidade é imprescindível às relações empresariais. Assim, também aqui (como nas relações de consumo) devem ser consideradas abusivas as cláusulas que sejam impostas sem que haja prévio conhecimento do aderente àquilo que está aderindo. A desproporcionalidade da cláusula traduzida pela abusividade poderá ter como fundamento a violação ao dever de informar imposto ao estipulante pela pauta da boa-fé objetiva.

II - PARTE: PAUTAS HERMENÊUTICAS DOS CONTRATOS POR ADESÃO INTEREMPRESARIAIS

O Direito empresarial sempre foi conhecido como sensível às novas exigências, como elaborador e sistematizador de novos princípios²¹⁹. A forma de interpretar os instrumentos jurídicos utilizados na vida empresarial sempre obedeceu a regramento próprio, face o escopo precípuo do empresário, qual seja a obtenção de êxito econômico.

No entanto, destarte esta especificidade, a ordem jurídica não pode ser subjugada pela ordem econômica. O Direito existe precipuamente com o fim de conformar a atividade que tem por fim o lucro, na busca incessante pela justiça. Em contrapartida, não se pode obrigar alguém a não ter lucro²²⁰, até porque isso inibiria a contratação. O que se pode é exigir que o empresário aja segundo os princípios do ordenamento e conforme a legítima expectativa da outra parte.

A justiça contratual deve ser buscada também neste âmbito. É preciso coibir abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos apenas a igualdade formal²²¹. Essa preocupação em verificar e promover a justiça contratual deve ser mais ressaltada quando a contratação se dá por adesão, em que vige a estipulação unilateral e há maior espaço para a abusividade.

Nesse particular é de grande importância a atividade hermenêutica porque representa sempre “ajuste à vida”. A estrutura hermenêutica é que permite a adaptação à realidade²²². A apreciação hermenêutica deve estar alinhada com a diretriz de concreção mencionada por MIGUEL REALE²²³ e proceder a uma “análise situada” desta contratação, havendo que se considerar as circunstâncias que a envolvem²²⁴.

²¹⁹ Esta colocação já era feita em relação ao Direito Comercial, vide: ASCARELLI, Túlio. *Panorama do Direito Comercial no Brasil*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1947, p. 13.

²²⁰ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, a. XLII, abr.-jun. 2003, p. 16.

²²¹ *Idem*, p. 11 e 16.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 154.

²²³ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 808, fev. 2003, a. 92, p. 14.

²²⁴ Vide MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. Rio de Janeiro, *Separata da Revista Forense*, v. 382, p. 128. No texto a autora comenta a aplicação desta diretriz nos contratos paritários.

No dizer de EROS ROBERTO GRAU: “interpretar é dar concreção, insere o direito na realidade, opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, em outros termos, opera sua inserção na vida”²²⁵.

No dizer de BOBBIO, significa remontar do signo à coisa significada, isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por ser indicada²²⁶.

A interpretação pode estar ligada principalmente ao signo, fazendo-o prevalecer sobre a coisa significada ou, ainda, pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro. Fala-se, nesse sentido em interpretação segundo a letra e interpretação segundo o espírito²²⁷.

A interpretação de um texto não dirá apenas o sentido de cada uma das palavras, nem mesmo apenas com a significação a ser atribuída a uma seqüência de palavras e frases, mas esclarecerá a significação dessas palavras e frases a partir de um contexto e das funções que a experiência indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere²²⁸.

Por mais que a interpretação possa tirar partido da elasticidade normativa, preenchendo os vazios do sistema, deve sempre manter a compatibilidade lógica e ética com o ordenamento jurídico positivo²²⁹. Assim sendo, primeiramente, devem ser buscadas as pautas hermenêuticas na legislação incidente e, posteriormente, quando constatada a insuficiência ou omissão destas, a busca deverá encaminhar-se a outros critérios autorizados pelo sistema, tais como os usos e práticas empresariais.

Esta segunda parte do trabalho terá, pois, como objetivo listar critérios e apontar as pautas²³⁰ hermenêuticas aplicáveis aos contratos por adesão empresariais, analisando as conseqüências da atuação judicial e os efeitos da mesma.

²²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. XIII.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 212.

²²⁷ Idem, p. 213.

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *O Método da Concreção...*, 2005, p. 129.

²²⁹ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos de Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

²³⁰ Como disse antes, a enumeração das pautas é exemplificativa; não tratarei da invocação da causa contratual, por exemplo, como parâmetro hermenêutico, assunto tão relevante e instigante, mas que alongaria nosso estudo.

A. AS PAUTAS HERMENÊUTICAS MAIS COMUMENTE UTILIZADAS

O Código Civil é o instrumento normativo cabível a incidir nas relações interempresariais. Não obstante o Código conta com poucos artigos relativos à interpretação dos contratos; os principais são art. 112 a 114 e 421 a 424.

Inegável o fato que a legislação é restrita, pergunta-se: onde podem ser buscadas as pautas supletivas?

Deve-se recorrer à Lei de Introdução ao Código Civil que reenvia à analogia, aos costumes e aos princípios. Estes últimos têm merecido crescente consagração em texto normativos (legislativos ou não). É o caso dos princípios da UNIDROIT, valioso recurso no que concerne a contratos por adesão. Entretanto, trata-se de uma pauta eletiva, ou seja, os contratantes somente estarão adstritos a ela se a elegeram no instrumento contratual.

Resta-nos utilizar as pautas mencionadas na legislação civil. As existentes (exceto a pauta da proteção ao aderente) são de grande vagueza e, no texto legal, não estão associadas à contratação por adesão. Necessário e imprescindível, portanto, a avaliação do conteúdo a ser dado por essas pautas. Justamente neste ponto, está centrado o estudo proposto, aqui, em apontar as pautas e dar-lhes conteúdo específico para que sejam úteis quando se esteja analisando contrato celebrado por adesão.

Na construção do conteúdo dessas pautas, imprescindível o papel da doutrina que concebe os modelos hermenêuticos destinados a preencher o espaço deixado pelo sistema normativo²³¹.

Esclareço que as pautas arroladas não podem ser vistas de forma isolada, é esperado que se conclua pelo entrelaçamento das mesmas. Assim, os usos em relação à boa-fé, por exemplo.

Deve ser reiterado que não há a pretensão de uma listagem taxativa, outras pautas poderão surgir como fruto do desenvolvimento destas na análise casuística.

²³¹ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos...*, 2002, p. 107.

A.1 Parâmetros Constantes do Código Civil

Inicia-se o estudo pelo Código Civil porque este é o regramento que precipuamente regula as relações interempresariais. Será nele que o intérprete empreenderá a primeira busca dos parâmetros hermenêuticos.

Além disso, graças à necessidade de uma interpretação alinhada ao sistema²³², mesmo que o intérprete utilize pauta externa ao Código Civilista, esse fato, por si só, não o afasta. Há sempre obrigação de considerar os princípios constantes no texto do Código. Qualquer aplicação de pauta externa escolhida deverá, necessariamente, estar em consonância com os princípios e regras consagrados no Código Civil. A norma jurídica deve ser interpretada no conjunto do ordenamento jurídico.

A luz desta compreensão globalizante ou estrutural, leciona REALE,

Deve o jurista procurar atender às mutações e imprevistos da vida social, utilizando-se da elasticidade inerente a todo modelo jurídico, para sua adequada atualização, mas não deve abandonar os valores de segurança e certeza²³³.

A.1.1 Interpretação Favorável ao Aderente

Desde os primórdios do direito²³⁴, quando se fala em busca do justo em matéria de contrato, menciona-se a busca de situação equitativa entre as partes. Os mecanismos interpretativos são os recursos para essa busca do equilíbrio. Detectada uma parte como sendo a mais fraca a favor desta, será acionado o mecanismo interpretativo.

Muito antes da edição do código atual, ARNOLDO WALD já lecionava:

As peculiaridades do contrato de adesão ensejam uma **desigualdade** entre os contratantes, que cabe ao poder judiciário corrigir sempre que possível,

²³² Utilizei a noção de sistema lecionada por CANARIS. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 12 e 13.

²³³ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos...*, 2002, p. 109.

²³⁴ Um exemplo das raízes desta proteção é o *favor debitoris*. O devedor, considerado mais fraco é o que deve ser protegido.

interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente.²³⁵

Nos contratos por adesão interempresariais, o estipulante pode ser considerado aquele que “domina”²³⁶, daí a preocupação do legislador, no texto do Código Civil, de mencionar, de forma expressa, o princípio geral que determina que a interpretação deve ser favorável ao aderente (arts. 423 e 424).

Esse princípio guiará todo o caminho interpretativo a ser realizado pelo jurista. É o fundamento de todo o arquétipo de análise da contratação interempresarial por adesão, através dele, o Código Civil, reconheceu a vulnerabilidade do aderente, sua posição de inferioridade e sua diminuição de autonomia no contexto contratual. Na relação jurídica interempresarial por adesão, há uma inafastável “desigualdade formal”²³⁷ as técnicas contratuais são desequilibrantes, no dizer de STIGLITZ²³⁸, “a injustiça é inerente às mesmas”, provém do interior do contrato.

A diminuição da autodeterminação do aderente é o fundamento do controle do conteúdo. A relação jurídica apresenta-se para o aderente com *déficits* informativos e volitivos que a caracterizam. Há uma autonomia diminuída, “diluída”, e a medida compensatória é o direto ao controle de conteúdo dessas cláusulas²³⁹. O controle do conteúdo, portanto, está fundado no princípio de que o aderente se encontra nessa situação de diminuição de sua autonomia.

Para o aderente a possibilidade, quando tem ciência do contrato pré-formulado para adesão, é dizer sim ou não. Outra problemática surge, qual seja a avaliação da real possibilidade dada ao aderente de dizer não. Quanto mais esteja reduzida a possibilidade de rechaçar o contrato, tanto maior será a necessidade de proteção. Assim, situações como a de monopólio realçam a necessidade de proteção em relação àquele aderente, pois, não terá a possibilidade de procurar outro empresário para contratar.

²³⁵ WALD, *Da Invalidade...*, 1975, p. 261

²³⁶ MOSCATELLI, Piera Cartoni. *Il Mercato dei Prodotti Chimici e Alimentari*. p. 139. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V.II. Milano: Giuffrè, 1979.

²³⁷ Leon Arce A. Moreno Luque C. Aza Conejo A.J., *Derecho de Consumo. Fórum*: Oviedo, 1995, p. 148 apud STIGLITZ, op. cit., p. 100.

²³⁸ STIGLITZ, op. cit., p. 100.

²³⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 285-86.

Os exemplos são inúmeros: um contrato de compra e venda que tem por objeto a aquisição de uma turbina de hidrelétrica, onde somente aquela empresa produza aquele tipo de equipamento; o contrato de adesão para aquisição de equipamento para realização de determinado exame que somente seja produzido por aquela empresa...

A.1.2 A pauta da Função Social do Contrato

O contrato por adesão deve ser sempre interpretado de acordo com o interesse social e atendendo-se à proteção que deve merecer o aderente, por não ter tido condições adequadas para intervir ativamente na elaboração do documento que lhe foi imposto²⁴⁰.

A função social está incluída no art. 421, o qual estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. No dizer de GERSON LUIZ CARLOS BRANCO²⁴¹, a função social, tal qual está posta no Código Civil, consiste numa “norma estrutural da autonomia privada” concebida a autonomia privada, conforme a sistemática do Código, como “um espaço de liberdade dentro do qual os particulares podem fixar preceitos para disciplinar o seu comportamento para o futuro”. Daí a se falar em “autonomia solidária”²⁴², porquanto o poder de atuar das partes deve ser compatibilizado com o interesse da coletividade.

Na verdade, a origem do princípio, consagrado pelo Código, é apontada como sendo a função social da propriedade constante da Constituição (art. 170, III), que foi desenvolvida, mais tarde, como função social da empresa²⁴³ e, finalmente, para função social do contrato. Passou de uma limitação a algo estático (propriedade) para ser instrumento de controle das relações sociais, a reger relações jurídicas interpessoais²⁴⁴.

O art. 421 constitui uma cláusula geral e, em razão disso, não poderá ter conteúdo estanque. Entretanto, necessário que existam parâmetros aplicativos mínimos para guiar o

²⁴⁰ WALD, Arnaldo. *Da Invalidade de cláusula...*, p. 241-42.

²⁴¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no C.C.Brasileiro*. (Tese de Doutorado), UFRGS, POA, abril de 2006, p. 259.

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões...*, p. 220.

²⁴³ Interessante ver os julgados sobre função social da empresa exarados pelo TJRS. Um deles em particular onde o intervencionismo ao invés de ser incentivado com fulcro na função social é combatido. A busca é por promover a continuidade da empresa, com a observação do que é disposto no contrato social. Vide: Agravo de Instrumento nº 70011065398, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 19/05/2005.

²⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social do Contrato: primeiras anotações*. Revista de Direito Mercantil, v. 132, a. XLII, out.-dez. 2003, p. 7-24.

intérprete para que se evite a reincidente dualidade: segurança jurídica de um lado e busca flexibilidade de outro²⁴⁵.

A busca destes parâmetros tem sido a grande preocupação da Doutrina. Um exemplo dado por ARRUDA ALVIN, antes da publicação do Código Civil, bem demonstra a tentativa e dificuldade nesse sentido. Cita o caso de um contrato empresarial leonino em que foi pedido um aumento de prazo de cinco para cento e vinte dias, fundado o pedido no argumento da situação econômica difícil e em nome da função social do contrato. Em outras palavras, a situação social serviu como justificativa para aumentar o prazo e propiciar o cumprimento. Atuou o juiz concedendo algo (prazo) a uma das partes para propiciar a realização do objeto²⁴⁶. No caso, a utilização dessa pauta funcionou como justificativa para busca de cumprimento e não à destruição do contrato²⁴⁷.

Muito se evoluiu no sentido de interpretar o princípio da função social do contrato e hoje se visualizam, principalmente, dois caminhos interpretativos: o primeiro deles aponta para o ambiente interno do contrato, ou seja, os contratantes estariam pautados, em sua atuação, pela função social; o outro caminho direciona para o externo do contrato, a função social seria princípio voltado a reger os efeitos do contrato na realidade social, ou seja, voltar-se-ia à denominada “eficácia externa” do contrato como ponto inicial²⁴⁸.

LUÍS RENATO FERREIRA DA SILVA menciona: “Os contratos mantêm a agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercados. Quando se fala em função social do contrato, diz-se que há uma parte destas relações onde o Estado se imiscui”²⁴⁹. Alinhado com este mesmo posicionamento diz-se que o Princípio da Função Social impõe a observância das conseqüências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direito, e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo somente pode construir sua vida em sociedade²⁵⁰.

²⁴⁵ Esta é uma das observações conclusivas que encontramos no texto: SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 22.

²⁴⁶ ALVIM, Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil. Revista dos Tribunais, V. 815, set. 2003, a. 92, p. 31.

²⁴⁷ Idem, p. 31.

²⁴⁸ A esse respeito ler: MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: O Direito da Empresa e das Obrigações. SP: Quartier Latin, 2006, p. 218-242.

²⁴⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

²⁵⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112.

Sob a perspectiva de ser algo externo àquela relação empresarial, a função social tem o condão de incluir como elemento a atenção jurídica, a preocupação com terceiros, não membros daquele contrato²⁵¹.

Como perspectiva de impositiva de conduta relacionada ao interno do contrato, qualquer contrato tem importância para toda a sociedade, assim, sobre qualquer relação poder-se-ia invocar o princípio da função social para buscar/exigir determinada conduta da outra parte²⁵².

Não há dificuldade de se aplicar o princípio, por exemplo, quando se está tratando de um contrato entre dois empresários relativo a medicamentos importantes e imprescindíveis à vida de um grande número de indivíduos. Nesse exemplo o fundamento será promover a proteção à contratação que envolva e viabilize uma “prestação essencial” à pessoa humana²⁵³.

Outro exemplo, proveniente de julgamento do TJRS e que diz respeito a contrato em favor de terceiros:

[...]. O contrato celebrado entre a UNIMED RS e a FRANGOSUL S.A. (fl. 59 e segs.), visando à assistência à saúde aos empregados da FRANGOSUL, é um típico contrato em favor de terceiros – no caso, os empregados da Frangosul. Esse tipo de contrato permite que o próprio beneficiário da proteção contratual possa agir para cobrar prestações previstas no contrato. Trata-se de um dos efeitos do princípio da função social do contrato. Referido princípio, ora consagrado expressamente no art. 421 do CC (e também no art. 2.035, parágrafo único), relativiza o princípio da força obrigatória dos contratos (servindo como um dos fundamentos que justificam, se for o caso, a revisão dos contratos), e flexibiliza o princípio da relatividade das convenções (segundo o qual o contrato *alius nec prodest, nec nocet* – não beneficia e nem prejudica terceiros) [...]. (TJRS. Recurso Cível nº 71000546648, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 20/07/2004).

²⁵¹ *Idem*, p. 107.

²⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 750, abril 98, a. 87, p. 116.

²⁵³ Exemplo neste sentido encontrei no texto: MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: *O Direito da Empresa e das Obrigações*. SP: Quartier Latin, 2006, p. 218-42.

Nesse exemplo, ocorreu justamente a valorização do interesse de terceiros e não das partes, sendo possibilitado ao usuário, que não era parte do contrato, ingressar em juízo e pleitear direitos.

Destarte o contrato seja celebrado entre particulares é instrumento de organização social e econômica. Como tal, deve ter em conta os interesses não particulares, mas, institucionais que o cercam²⁵⁴. Assim, os contratos que, como este, afetem interesses de consumidores poderão ter sua eficácia contestada²⁵⁵.

O fato de o contrato ser por adesão não modifica a aplicação da pauta da função social. O ideal é que a função social, neste particular, seja exercida e exigida com os dois escopos. Não só como elemento interno, ou seja, como um dever de exercício, do cumprimento da prestação contratual, como uma limitação à atuação do estipulante; mas, também, através de sua função externa como dever de desenvolvê-lo alinhado com o intuito social e favorecer o cumprimento na medida em que seja necessário socialmente.

O grande problema sempre residirá em mensurar esta necessidade, de maneira que os interesses econômicos não sejam privilegiados em nome de uma falsa necessidade social, de que a função social do contrato não seja instrumento de justificar injustiça e não de evitá-la.

Volta-se à situação monopolista de prestação do serviço ou fornecimento de um produto. Utilizemos como exemplo um contrato de *leasing* operacional, também denominado *renting*. Trata-se de uma locação de maquinaria, em que a arrendadora compromete-se a prestar serviços técnicos de manutenção e fornecer produtos descartáveis para utilização desta máquina²⁵⁶. Uma clínica, pessoa jurídica de direito privado, adere ao contrato de *leasing* operacional de máquina de hemodiálise. Para utilização dessa máquina, necessário material descartável específico somente fornecido por aquela empresa que ditou o contrato de forma unilateral. No instrumento contratual, há uma cláusula em que está previsto o fornecimento mensal de determinado número daquele produto descartável (imprescindível ao uso daquela máquina). O contrato prevê obrigação, do estipulante, de fornecer “x” elementos descartáveis por mês e a respectiva obrigação do aderente de comprar esse número naquele intervalo temporal. Ocorre que, todo o mês, a clínica solicitava volume “y” maior do que o previsto no contrato. Após dois anos de contrato, o estipulante detectou maior possibilidade de lucro vendendo para outro aderente e, simplesmente, negou-se a fornecer àquele aderente o número

²⁵⁴ Vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 23.

²⁵⁵ Conclusão que encontrei no texto: SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 23.

²⁵⁶ Sobre o conceito de *leasing* operacional ler: ARAÚJO, op. cit, p. 21.

“y” habitual. É característica inerente ao contrato de *leasing* operacional a possibilidade de rescisão, a qualquer tempo, desde que seja informada a parte contrária. Pergunta-se: poder-se-ia entender que há obrigação daquele estipulante em fornecer aquele componente e na quantidade “y”? A função social do contrato poderia servir de base à criação desta obrigação? Entende-se que a função social possa criar a obrigação de continuidade de prestar. Como mencionamos, o entrelaçamento das pautas arroladas neste trabalho será a regra. Assim, também se poderá fulcrar o posicionamento no instituto da *surrectio*, decorrente da pauta da boa-fé objetiva.²⁵⁷ Caso o fundamento escolhido seja o da função social, esta teria sua justificação externa pois, fundada no direito dos terceiros usuários da mencionada clínica, os quais, uma vez suspenso o serviço de hemodiálise por falta de equipamento (no caso o material descartável) poderiam restar atingidos em seu bem maior, qual seja, a vida.

A.1.3 O Princípio da Boa-fé Objetiva como importante pauta hermenêutica

O Código Civil atual no art. 422, concedeu *status* legal civilista a este princípio, antes não consagrado pelo Código de 1916, mas que estava presente na jurisprudência, doutrina e, de forma expressa, no Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da boa-fé não possui conteúdo “imaneente”. Assim, a especificação de seu conteúdo será relacional, ligada aos dados contextuais, à avaliação dos “fatores vitais”²⁵⁸, que o cercam, entre estes fatores está o de o contrato interempresarial ser por adesão²⁵⁹.

Destaque-se que a atuação da boa-fé será “escalonada”²⁶⁰ conforme a necessidade de proteção ou não do aderente-empresário. Como repetido aqui, nenhum problema existe na celebração por adesão em si, o problema está na criação de uma situação contratual que

²⁵⁷ Exemplo retirado da atuação como advogada, consulta feita por empresa brasileira importadora de produtos farmacêuticos e hospitalares.

²⁵⁸ As expressões estão assim grifadas no texto da autora, vide: MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos...*, p. 120.

²⁵⁹ Na Alemanha, o princípio da Boa-fé em especial - a famosa *Mädchen für Alles* - foi a base de construção pela jurisprudência de princípios e regras que, posteriormente, a lei alemã sobre o regime das condições gerais dos negócios (a modelar *AGB-Gesetz*) expressamente acolheu, sendo esta lei, por isso, no dizer de HANS STOLL, um “consolidation act”. Comentário encontrado no texto: HANS STOLL, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesioni*. In: M. BIANCA. *Le condizioni generali di contratto*, v. I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 269-72.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos...*, p. 130.

propicie a abusividade, nascendo, assim, a necessidade protetiva. Em outras palavras, mais forte será a atuação da boa-fé quando pautada pela necessidade de tutela do aderente²⁶¹.

A.1.3.1 Boa-fé como cânone hermenêutico e integrativo

Dentre as funções da boa-fé objetiva está a de cânone hermenêutico e integrativo²⁶², ou seja, servirá ao magistrado que verifique a incompletude do contrato a regular determinada situação e não conte com apoio no texto contratual, na consideração literal, na reconstrução da intenção das partes, tomando em conta o valor da declaração ou mesmo através dos usos do tráfego. Permite que se resolvam pelo juiz as situações não previstas pelas partes no momento de conclusão do negócio. O primeiro passo desta técnica incluirá a consideração do *conjunto significativo* que abrange demais disposições que passaram a integrar o contrato em razão do trato sucessivo e da execução diferida e, ainda, as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual. A busca é pelo sentido total do conjunto contratual concretamente considerado.

O “conjunto significativo” resta limitado ao contrato em si? Atente-se que a regra na contratação por adesão é a linguagem direta, a incompletude, a superficialidade na redação das cláusulas. Como deve dar-se o “preenchimento” desse conteúdo, quando se usa o critério do conjunto significativo?

Certamente, o preenchimento do significado do contrato de adesão poderá abranger instrumentos extracontratuais. Assim, a publicidade utilizada que chega ao conhecimento do aderente integra o contrato. Os *folders* distribuídos pelo estipulante, por exemplo. Atente-se que é dever do estipulante dar ao aderente a oportunidade de ter total ciência do que está aderindo.

²⁶¹ STJ. REsp 256456/SP; RECURSO ESPECIAL 2000/0039981-7. Ministro RUY ROSADO AGUIAR (1102). J: 22/03/2001. DJ, 07.05.2001, p. 147 JBCC vol. 191, p. 234. RDR, vol. 20, p. 400

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. Separata, Revista Forense, v. 382, p. 132.

A.1.3.2 Boa-fé como criadora de deveres jurídicos ou mitigadora de obrigações

Essa faceta da boa-fé como criadora de deveres jurídicos, e que traz à contratação por adesão o dever de informar, foi anteriormente mencionada no item que abordou o período formativo. Aliás, apresenta este dever, naquele particular, grande importância uma vez que inexistem as tratativas, o que reforça a necessidade de esclarecimento do aderente do inteiro teor da proposta (texto contratual e eventuais condições gerais externas ao contrato). O dever de informar, assim como os demais decorrentes da pauta da boa-fé, aparecerá em todas as fases contratuais daí ter-se optado por tratar destes, aqui, em separado para mencionar essa exigência em todo o contrato.

A boa-fé como mitigadora das obrigações conformará a conduta das partes impondo-lhes uma linha de comportamento para que seja cumprida a expectativa que gerou na outra parte, para que não haja surpresas por parte do contratante. Sobrevêm institutos jurídicos decorrentes da pauta da boa-fé, tais como a *suppressio* e *surrectio*, sobre as quais escolhi tratar aqui porque encontrei a intensa aplicação destas nos julgados analisados tanto do STJ como do TJRS.

A.1.3.2.a O dever de informar na fase contratual

Embora estejamos tratando, aqui, de partes contratuais que possuem, em tese, o mesmo nível informativo, ou seja, que apresentam a mesma capacidade intelectual, pode ocorrer que haja diferença entre o que conhece uma das partes e aquilo que a outra sabe sobre aquele contrato ou das situações que o envolvem. Pode ocorrer que, por determinada circunstância, tenha chegado a uma das partes informação que a outra não conheça. Na medida em que tenha havido conhecimento, sobrevém o dever de informar para aquela parte. No fulcro desse dever encontramos, também, no princípio da boa-fé objetiva, aqui, na sua função de criadora de deveres jurídicos²⁶³ e após celebrado o contrato por adesão.

Além do dever de agir com clareza e possibilitar o acesso ao conteúdo contratual, fundamental na fase pré-contratual, outros poderão existir como decorrência da aplicação do

²⁶³ A esse respeito imprescindível ler: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado, op. cit., p. 439.

princípio da boa-fé objetiva como criadora de deveres jurídicos²⁶⁴, autonomamente, ou de forma coligada ao princípio geral da confiança²⁶⁵. Como é sabido, “a boa-fé liga-se, primariamente, ao *dever geral de cooperação*, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*)²⁶⁶; a confiança “prende-se, primariamente, à *geração de expectativas legítimas* cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança)²⁶⁷.” Assim, exemplificativamente, os deveres positivos de lealdade e de consideração aos legítimos interesses e expectativas do aderente; e os deveres negativos de não frustrar as legítimas expectativas do aderente; de não agir em contradição, incorrendo em *venire contra factum proprium*.

Esses são deveres gerais, incidentes em toda e qualquer relação contratual, *ex vi* dos arts. 187 e 422 do Código Civil, mas que adquirem nas relações formadas por adesão ainda maior importância, em face da concreta assimetria contratual.

Esse dever adquirirá um nível de importância maior quando o próprio objeto seja o fornecimento de informação. Assim ocorrerá, por exemplo, nos contratos em que haja a contratação de um “consultor”, como o consultor financeiro comum às relações de direito bancário²⁶⁸. No intuito de demonstrar essa substancial diferença, cito dois exemplos de contratos bancários nos quais, por si só, a obrigação geral de bem informar o cliente alcança grande relevância. Imagine-se um contrato de locação de caixa de segurança²⁶⁹ que uma empresa celebre com uma instituição financeira e o contrato de “consultoria financeira” que esse mesmo empresário tenha aderido tendo como estipulante o mesmo banco. Na locação da caixa, o dever de informar estará direcionado a informar os deveres e as implicações do próprio contrato. No contrato de consultoria, por sua vez, a informação será potencializada, qualquer omissão poderá significar grande prejuízo ao aderente-empresário. Não se poderá

²⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 439 e seguintes.

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC), ajustado com o CADE. Critérios da INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. Os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Duplo significado da expressão “exclusividade de exposição de produtos” e sua concreção com base no PRINCÍPIO DA UNIDADE OU COERÊNCIA HERMENÊUTICA e usos do tráfego. Adimplemento Contratual. *Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 852, out. 2006, p. 94-95.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Parecer citado, nota supra, p. 98.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Outro exemplo é o corretor de bolsa de valores o qual tem de indicar, ao seu cliente, qual o melhor posicionamento a cada movimento do mercado.

²⁶⁹ BRIZZIO, Alquiler de Cajás de Seguridad. Op. citada.

falar, neste último caso, em que este consultor possa dizer algo ao aderente sob o qual não tenha responsabilidade porque esta é inerente à natureza daquele contrato.

A.1.3.2.b O dever de cooperação

No que concerne à função da boa-fé como criadora de deveres jurídicos, imprescindível a menção do dever de cooperação que deverá estar pautado pela finalidade econômico-social daquele negócio. As partes não podem ser consideradas de forma isolada. O dever de cooperação é de ambas as partes e imporá ações fulcradas na conduta leal dos contratantes.²⁷⁰

A boa-fé atua para mensurar a “conduta devida” que no caso é a atuação das partes em auxílio mútuo. A própria natureza da relação obrigacional pode ser definida como sendo uma “complexa relação de cooperação”.²⁷¹

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conta com inúmeros julgados reconhecendo a importância do dever de cooperação nas relações de consumo²⁷², mas, são poucos os que o mencionam no terreno interempresarial.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Os campos normativos da boa-fé...*, p. 130.

²⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*, Curitiba, Ed. Juruá, *Jurisprudência Brasileira, 200* – Princípio da Boa-fé Contratual, p. 22-24.

²⁷² Cito exemplo de julgado em matéria de consumo, com inúmeros equivalentes exarados na mesma câmara: “PROPAGANDA ENGANOSA. Inc. III E IV, ART. 6º, CDC. VENDA-CASADA. INC. I, ART. 39, CDC . SEGURO RESIDENCIAL X TITULO DE CAPITALIZAÇÃO. INC. VIII, ART. 6º DO CDC. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. ART. 421 E 422 DO CC. HIPOSSUFICIÊNCIA. ART. 54 DO CDC. A publicidade de compra e venda de seguro, deve esclarecer do negócio e as empresas e/ou entidades envolvidas e/ou conveniadas. não o fazendo ferem o compromisso implícito de fidelidade e cooperação nas relações contratuais. Frustra a concepção de lealdade do vínculo nas expectativas que desperta. Presume-se ausência de boa-fé. (2) Trata-se de uma relação de consumo. Sendo assim, está afastada a regra do art. 33, I, do Código de processo Civil, que preceitua que cabe aos autores o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, adotando-se o que dispõe o art. 6º, inc. VIII, e art. 38 da Lei nº 8078/90. Portanto, caberia à requerida a prova de que realmente informou adequadamente à parte autora. Precedentes da Turma. (TJRS. Recurso Cível Nº 71000440461, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, Julgado em 06/07/2004).

O STJ , por sua vez vem valorizando o dever de cooperação, observe-se um exemplo.

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da **boa-fé** contratual. Deveres anexos ao contrato. - O princípio da **boa-fé** se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. - O dever anexo de **cooperação** pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.- A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. - A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos.²⁷³

A.1.3.2.c Os institutos da *Suppressio* e *Surrectio* e sua aplicação

A *Suppressio* e *Surrectio* são expressões que indicam o mesmo fenômeno, derivado do fator confiança, em sentidos opostos. Enquanto uma denota aumento a outra significa supressão. O passar do tempo pode fazer com que certas situações jurídicas ou direitos subjetivos apareçam ou desapareçam porque exercidos ou suprimidos durante determinado intervalo temporal causando, à outra parte, um benefício em razão da confiança produzida do exercício ou não desta situação ou direito.²⁷⁴

Iniciemos com um exemplo, no intuito de bem aclarar estas expressões. O contrato de sociedade, geralmente celebrado por adesão, tem gerado inúmeras controvérsias nos tribunais pátrios, muitas vezes resolvidas pela aplicação do princípio da boa-fé. Dentre as funções desempenhadas pelo princípio da boa-fé objetiva, sobressai a de controle, que limita o exercício de direitos subjetivos. Dentre as várias figuras que se incluem nessa categoria, está *surrectio*, que impede a supressão imotivada de uma vantagem que tenha sido concedida por

²⁷³ STJ. REsp 595631 / SC . RECURSO ESPECIAL. 2003/0165732-7. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Data do julgamento: 08/06/2004. DJ 02.08.2004 p. 391.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações, Curitiba, Ed. Juruá, *Jurisprudência Brasileira, 200* – Princípio da Boa-fé Contratual, p. 22-24.

período de tempo razoável, ainda que em desconformidade com os estatutos, regulamentos ou contrato social, gerando no beneficiário a convicção de que pode contar com aquela vantagem. Assim, o sócio que continua a receber vantagem econômica (participação nos lucros) após o afastamento, não pode ter o seu direito suprimido. Ainda que tais pagamentos tenham sido efetuados à margem da previsão do contrato social. Tendo sido pago tal valor regularmente ao longo dos anos, não pode a empresa abruptamente suspender seu pagamento. Aplicável a figura da *surrectio*, que é uma das figuras que compõem a função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, qual seja, a função de limitação dos direitos subjetivos²⁷⁵.

Como é comum nos contratos celebrados por adesão, no caso do contrato societário, apontados como sendo por adesão, com predominância da posição de um contratante sobre o outro e a abertura de espaço para a imposição de cláusulas²⁷⁶. Há o benefício do mais forte; para o aderente há uma falta de opção só podendo aceitar ou não. Assim, o ordenamento jurídico intervém para exigir, por parte do estipulante, determinadas condutas, ou cumprimento de determinados deveres, no intuito de promover certo equilíbrio de posição contratual entre os contratantes e evitar que sobrevenha a abusividade. A intervenção, no caso, dá-se em forma de criação de um dever não previsto no instrumento pré-formatado.

Enquanto a *suppressio* indica “limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio” a *surrectio* implicará no nascimento ou aumento deste direito subjetivo.

Conceitualmente, portanto, diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercida durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé²⁷⁷.

A *suppressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria

²⁷⁵ TJRS. Recurso Cível nº 71000867416, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: EUGÊNIO FACCHINI NETO, Julgado em 27/06/2006.

²⁷⁶ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 373.

²⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 796.

exercido e o desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor²⁷⁸.

Não será hipótese de *suppressio*, assim como não caracteriza conduta contrária à boa-fé, o exercício do direito de exigir a restituição de quantia emprestada depois de transcorrido longo lapso temporal se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor-aderente em relação ao benefício do credor-estipulante²⁷⁹.

Verifica-se a *supressio* quando, pelo modo como as partes vêm se comportando ao longo da vida contratual, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma inicialmente prevista²⁸⁰. O princípio da boa-fé baseia-se na idéia de que deveria haver uma padronização das condutas dos contratantes.

O beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança, ou seja, deve encontrar-se numa conjuntura tal que, objetivamente, um sujeito normal acreditaria que no não exercício superveniente da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito²⁸¹.

O Tribunal de Justiça Gaúcho faz uso freqüente destes conceitos e exarou julgados que tentaram listar os requisitos de verificação da *suppressio* na prática:

a 'suppressio' constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes cordeiro. 2. não caracteriza conduta contrária a boa-fé o exercício do direito de exigir a restituição atualizada de quantia emprestada depois de transcorridos mais de quinze anos se tal não gera desvantagem desproporcional ao devedor em relação ao benefício do credor.

²⁷⁸ Apelação Cível nº 70003607231, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: JOÃO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, Julgado em 18/10/2002.

²⁷⁹ O exemplo está em julgado do Tribunal de Justiça Gaúcho. Não se refere a situação interempresarial mas poderia ser entre empresários. É interessante porque expõe os critérios de aplicação prática do instituto. TJRS. Apelação Cível nº 70003607231, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: JOÃO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, Julgado em 18/10/2002.

²⁷⁴ A esse respeito ler: TJRS. Agravo de Instrumento n. 70010323012. Décima Quinta Câmara Cível. DJ: 22.11.2004. Relator Des. RICARDO RAUPP RUSCHEL. Trata de julgamento de agravo de instrumento em processo que debate contratação de locação por adesão em que se entende

²⁸¹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 824.

Voltando ao exemplo do *leasing* de máquina de hemodiálise (estipulante entregada número de material descartável de reposição maior do que o contratado de forma habitual e resolve suspender as entregas), o instituto da *surrectio* cria o dever jurídico de fornecer o produto que era entregue, de forma habitual, durante o desenvolver daquela relação jurídica e a eventual extensão desta obrigação embora o contrato não o preveja. A obrigação de continuidade da prestação nasce da confiança despertada, na legítima expectativa da clínica aderente.

A.1.4 Usos e Costumes do Tráfego

No dizer de JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO,

o mundo real da contratação privada é o domínio do cálculo e do pensamento estratégico, da procura egoísta por vantagem por sujeitos que se movem em um ambiente circunstancial carregado de representações e significações²⁸².

Os usos e costumes empresariais bem refletem este ambiente diferenciado e têm condições, como pauta hermenêutica, de auxiliar o jurista, que se debruça sobre o caso concreto, a transportar a realidade para auxiliá-lo na apreciação do caso. Para entender e interpretar a relação jurídica entre empresários e os contratos por eles celebrados é de suma importância que reconheçamos e valorizemos o papel dos usos e costumes.

A continuidade das relações ou a existência de condutas e métodos equivalentes, particulares daquela relação ou daquele tipo de relação jurídica gera o que, tecnicamente, denomina-se de “usos e costumes”²⁸³, são as normas originadas dos usos próprios dos comerciantes que atuam em determinado espaço territorial ou dedicam-se a determinado ramo de atividade e fazem parte do substrato do sistema de direito empresarial. O grupo atuante naquele local determinado ou o grupo de empresários dedicados àquele tipo de atividade poderá contar com este “regramento próprio” ditado pelo uso. Trata-se de normativa não

²⁸² RIBEIRO, Joaquim de Souza. Op. cit., p. 40.

²⁸³ Sobre os usos é interessante ver: PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado. Parte Geral. T. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 145. No texto o autor ventila que a contrariedade à moral pode ser considerada como contrariedade ao direito. Considera contrário à moral o ato que a opinião mais generalizada não tolera. Há de contentar-se o juiz com o que é a moral usual dos negócios jurídicos, conforme o ramo do direito e, até, com o nível ético de certos grupos profissionais. Nessa perspectiva o ganho excessivo somente será ilícito se a lei o diz.

escrita, mas que contará com equivalente obrigatoriedade, porque incrustada na realidade e valorada pelo ordenamento.

Se os usos e costumes são importantes para interpretação dos contratos celebrados de outra forma, têm sua relevância reforçada, no campo da contratação por adesão empresarial. Isso porque a vagueza é característica dos contratos que utilizam esta forma de contratação^{284,285} havendo a necessidade de preenchimento de freqüentes lacunas. Aliás, a situação normal é que estes contratos apresentem espaço para preenchimento pelo intérprete, principalmente quando celebrados com a utilização de condições gerais, porquanto, nesse caso, terão por objetivo servir como modelo para outras situações entre aquelas partes ou mesmo entre outras.

Os usos abrangem os elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial, as práticas negociais de determinado setor; cláusulas normalmente utilizadas em determinado setor “ramos do comércio” ou categoria profissional²⁸⁶.

O art. 113 direciona os usos como critério hermenêutico coligados à boa-fé subjetiva (de quem acreditou no *id quod plerunque accidit*) e à boa-fé objetiva (como *standart* de conduta leal), a função integrativa aqui servirá não somente à colmatação de lacunas, mas, também, poderá derrogar normas dispositivas, além da função interpretativa²⁸⁷.

Os usos e costumes acabam por se infiltrar no processo nomogenético, modelando a experiência jurídica por meio de uma “filtragem seletiva”, cotidiana e imperceptível, que vem construir o conteúdo das convicções e diretrizes²⁸⁸.

Cabe ao intérprete quando se depara com um contrato por adesão insuficiente para solucionar o questionamento que sobreveio “escavar a realidade prática”²⁸⁹, com base nas regras comuns da experiência ou através de perícia técnica em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual.

²⁸⁴ A esse respeito vide: LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e Costumes no Processo Obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. No texto o autor menciona a revolução das fontes do direito mediante o uso dos usos e costumes para interpretação dos negócios jurídicos.

²⁸⁵ Veja também: FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. In: Revista de Direito Mercantil, n. 130, a. XLII, abril. Jun. 2003, p. 26.

²⁸⁶ G. Alpa, G. Fonsi e G. Resta, L'interpretazione del contratto, 2. ed., Milão, Giuffrè, 2001, p. 158-159, apud: MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro: Separata, Revista Forense, v. 382, p. 133.

²⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos normativos da boa-fé...*, p. 133.

²⁸⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. Op. cit., p. 19.

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Método da Concreção...*, p. 147.

A.2 Pautas ditadas pelo Código de Defesa do Consumidor

Embora a regra seja a aplicação da legislação civil às relações jurídicas empresariais, o modelo protetivo do consumidor vulnerável pode servir-nos para efeito comparativo para que, por seu intermédio, se possa, mais claramente, discernir a condição de empresário-aderente.

A interpretação favorável ao consumidor encontra-se no art. 47 do CDC e tem sido aplicada de forma ampla nos julgados brasileiros. Vejamos exemplo de um contrato securitário:

Civil. Seguro de vida em grupo e/ou acidentes pessoais coletivos. Invalidez permanente. Risco coberto pela apólice. Voto vencido, no atinente. Ilegitimidade passiva do banco. 1. hipótese em que a prova documental em seu conjunto considerada, convence que o autor contratou seguro de vida, não apenas seguro de acidente pessoal. Discussão sobre a exclusão, desse conceito, das doenças patológicas e outras moléstias. Limitação cuja ciência só tomou o autor, trazidos aos autos os documentos. De não se esquecer, assim, que ao pólo vulnerável na relação de consumo. Há de ser dada informação adequada, clara e precisa sobre os diferentes produtos e serviços que lhe são oferecidos (art. 6º, iii, da lei n.º 8.078/90). **Ademais, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC) e, por questão de equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, inciso ii) a interpretação da prova também lhe deve ser benéfica. Não a seguradora, a qual incumbia provar de forma adequada e convincente que o contrato se limitava a cobertura de invalidez se decorrente de acidente.** 2. O fato de ser debitado na conta-corrente do autor, junto ao banco meridional, o premio mensal, não vincula esta instituição financeira ao contrato de seguro avençado, porquanto a demanda foi corretamente direcionada contra a empresa seguradora. 3. Sentença e voto vencido do eminente relator pela improcedência da ação, considerando que o evento que invalidou o autor para o trabalho não estaria coberto pelo seguro contratado, por não se enquadrar na hipótese e no conceito de acidente pessoal. Por maioria, provido o apelo do autor para julgar procedente a ação e condenar ri a pagar-lhe o valor do seguro contratado. (Apelação Cível nº 70000202713, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 30/05/2001)

Por outro lado, o art. 29 do Código do Consumidor representa uma extensão da proteção àqueles que se encontrem em situação semelhante à de consumidor, e, eventualmente, servirá para proteger o “consumidor equiparado”²⁹⁰, no caso das relações interempresariais por adesão, o consumidor equiparado-aderente.

Assim, quando se conclua pelo enquadramento do empresário no conceito jurídico de consumidor²⁹¹, a interpretação dar-se-á pelos parâmetros constantes da legislação consumerista, muito mais protetivos ao aderente. No território das relações de consumo a questão interpretativa será resolvida, sempre, tendo como base o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor que determina a interpretação das cláusulas da forma mais favorável ao consumidor.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça têm reafirmado no sentido de somente admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica empresária de forma excepcional, quando evidenciada sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas nos artigos 17 e 29 do CDC. Vejamos um exemplo:

Processo civil. Agravo interno. Decisão unipessoal do relator que dá provimento a recurso. Decisão recorrida de acordo com jurisprudência dominante do STJ. Empresa e profissionais. Destinatário Final. Arrendamento mercantil (leasing). Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade.- Não ofende o art. 557, § 1º-A, do CPC a decisão unipessoal do relator que dá provimento a recurso com base em jurisprudência dominante do STJ. **O conceito de "destinatário final", do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento na cadeia produtiva.** O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses sociais homogêneos, de relevante interesse social, em contratos de adesão, como os de arrendamento mercantil. (Ag. Rg. no REsp 508889/DF; Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0018472-0. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgado em 16/05/2006)

²⁹⁰ Essa discussão é colocada por Custódio Piedade Ubaldino Miranda, in: Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 168.

²⁹¹ Em evidente abrandamento da Teoria Finalista. Fenômeno, facilmente, detectado na jurisprudência do STJ. Conforme referimos no item “C.2.2” do presente texto.

Os requisitos, em suma, são típica relação de consumo e utente vulnerável. Mas eventual a vulnerabilidade técnico-jurídica pode ser afastada na medida em que haja prova de que a empresa foi devidamente assessorada. Provada, portanto, a “intelecção suficiente” para entender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual²⁹². Nesse sentido leia-se:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. - É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. **RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.** (REsp 684613/SP; Recurso Especial 2004/0120460-3. Relator: Ministra Nancy Andriighi, Julgado em 21/06/2005)

Ressalte-se a posição reiteradamente manifestada, as relações empresariais poderão ser abarcadas, na medida em que se reconheça no empresário-aderente a figura do consumidor²⁹³. Ou seja, com fulcro na função social do contrato poderia o empresário-aderente-consumidor requerer a revisão do contrato.

²⁹² Interessante ver o julgado: REsp 684613. SP 2004/0120460-3. Ministra NANCY ANDRIGHI, J: 21.06.2005, DJ: 01.07.2005, p. 530.

²⁹³ Interessante citar a ementa na íntegra: Alienação fiduciária. Ação revisional de contrato de abertura de crédito fixo com garantia fiduciária. I – Controle difuso da licitude dos negócios jurídicos e interpretação de cláusulas contratuais. 1. Função social dos negócios e direitos fundamentais. Revisão judicial e relativização do princípio do *pacta sunt servanda*. Aplicação incidental do Código de Defesa do Consumidor: consumidor próprio. Regulação mandatória: normas de ordem pública e interesse social. Nulidade de pleno direito: decretação até de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição.G.N. (Apelação cível nº 70002708493, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, julgado em 13/09/2001).

A.3 Os Princípios da UNIDROIT, uma “pauta eletiva” completa e atual

Escolheu-se incluir, no presente texto, os Princípios da UNIDROIT em razão de estes preverem uma série de situações contratuais corriqueiras para os contratos celebrados por adesão e, as quais, não são abordadas de forma explícita na legislação brasileira. Ademais, trata-se de regramento com claro interesse prático, redigido de forma direta e elaborado para regular relações contratuais em específico, o que particularmente interessa aqui.

Na década de setenta teve início o projeto do UNIDROIT²⁹⁴ (Instituto para Unificação do Direito Privado) sobre “Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais”. Em 1994, foi publicado o documento contendo aproximadamente 120 artigos e seus comentários, estes princípios divididos em sete capítulos representando diversos pontos do direito. Os sete capítulos subdividem-se em: Disposições gerais, Formação do contrato, validade, interpretação, conteúdo, cumprimento e incumprimento.

Os comentários constantes do texto deixam claro que a aplicação desses princípios dependerá da escolha das partes e da menção contratual expressa desta escolha²⁹⁵. As partes devem ter escolhido reger o contrato por estes princípios. Assim, pode-se dizer que estamos diante de uma “pauta eletiva”, somente estarão adstritas a ela aquelas partes que, ao contratar, assim o estipularem. Na verdade, considera-se todos estes princípios como uma pauta: a pauta “Princípios da UNIDROIT”, porque a escolha deste regime (por um ato) implica ingressar neste mundo particular. A eleição deste regime, no texto contratual, funciona como passaporte de ingresso a esta espécie de “microssistema”.

Há quem diga que não se trata de uma experiência de direito legislativo²⁹⁶ e quem mencione que estamos diante de uma nova *LEX MERCATORIA*, tal qual ocorreu na Idade Média²⁹⁷.

Trata-se de uma nova aproximação dos negócios internacionais e um intento de remediar das deficiências que sobrevêm nestes. Não estão concebidos como modelo de

²⁹⁴ Criado em 1926 pela Liga das Nações Unidas com o fim de preparar, gradualmente, uma legislação de direito civil uniforme.

²⁹⁵ A esse respeito ler: ARAÚJO, Nádia. *Contratos Internacionais*. RJ/SP: Renovar, 2000, p. 139-43.

²⁹⁶ VOLPE, Fabrizio. I Principi UNIDROIT e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale. *Revista Doutrinária, Lúmen Júris*, p. 117.

²⁹⁷ ALBÁN, Jorge Oviedo. *Los Principios da UNIDROIT para los contratos internacionales*, *Revista de Direito do Mercosul*, v. 6, n. 5, out. 2002, p. 11-35.

cláusulas para determinado tipo de contrato nem são uma convenção internacional, lei uniforme, derivam, tão-somente da força persuasiva que têm²⁹⁸.

Como exemplo de aplicação cite-se uma venda de 85% das ações de uma companhia argentina, sendo que esta ocultara a existência de dívidas que o comprador somente veio a conhecer mais tarde, o que o levou a buscar o tribunal arbitral para resolução. O tribunal arbitral decidiu (fulcrado no princípio da UNIDROIT) pela redução do preço a ser pago pelas ações mediante o desconto de uma parte das dívidas, que somavam 65%²⁹⁹.

A característica básica dos princípios da UNIDROIT é a liberdade que concede às partes contratantes, um exemplo disto é o artigo 1.9, onde está dito: “*Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances*”. Não há a disposição de que determinada conduta deva ser a correta, não está dito qual o “meio adequado” e sim que este deverá ser o “adequado às circunstâncias”.

O artigo 2.1 estabelece a maneira de formação do contrato, este estará concluído quando houver aceitação da oferta ou quando a conduta das partes seja suficiente para se concluir pela formação. O artigo 2.22, prudentemente, separa o regime que deve ser dado aos contratos celebrados por adesão, deixando claro que a conclusão do contrato dar-se-á naqueles termos constantes do instrumento.

Uma vez que as partes tenham determinado, no texto do contrato celebrado por adesão, que a relação jurídica deva estar disciplinada pelos princípios da UNIDROIT, estarão assumindo o dever de sigilo (conforme artigo 2.16) e, também, elegendo a forma como deverá dar-se a indenização decorrente da violação deste dever. O artigo estabelece, de forma expressa, que a indenização, a ser dada em razão da violação do dever de sigilo, ainda que no terreno pré-contratual, deva ter por base o benefício recebido pela outra parte. Há, portanto, dever de sigilo decorrente desta pauta (Princípios da UNIDROIT) e o expreso reconhecimento, deste, na fase pré-contratual.

Outro ponto importantíssimo, que deve ser ressaltado, é a menção, no artigo 2.20, aos “*surprising terms*” remetendo para a necessidade de aceitação expressa de conteúdo. O artigo consiste no claro reconhecimento do dever de informar do estipulante, que tem como sua face precípua o dever de “dar a conhecer os termos do contrato”. A consequência da violação deste

²⁹⁸ Idem, p. 11-35.

²⁹⁹ Exemplo encontrado no texto: ALBÁN, Jorge Oviedo. Los Principios da UNIDROIT para los contratos internacionales. *Revista de Direito do Mercosul*, v. 6, n. 5, out. 2002, p. 11-35.

dever será de que o conteúdo sobre o qual se tenha dúvida seja considerado como não integrante daquele instrumento contratual.

Diante do exposto, a conclusão somente pode ser no sentido de adequação em optar pelos Princípios da UNIDROIT como pauta para regular os contratos empresariais celebrados por adesão. Trata-se de pauta que promove o equilíbrio contratual através da imposição de deveres às partes, disciplinada de forma absolutamente adequada à realidade mercantil. O texto desta pauta é muito mais completo para regular a contratação por adesão interempresarial do que o nosso Código Civil, por exemplo. Por certo, haveria uma adoção maior, se sobreviesse uma divulgação mais abrangente deste “microssistema” no meio empresarial.

B. ATIVIDADE DE INTERVENÇÃO E INTERPRETAÇÃO: CONTORNOS E CONSEQÜÊNCIAS

O Direito reconhece a limitação ética do poder de contratar e fixar conteúdo contratual, representada pelo dever geral de não praticar o exercício abusivo da faculdade de predisposição. A proteção do contratante contra imposições excessivamente onerosas constitui-se uma das tarefas mais antigas do direito privado³⁰⁰. O que mudou foram os parâmetros para apontar aquilo que é considerado exacerbado e os efeitos que esta constatação terão, para aquela determinada cláusula, ou para todo o contrato.

A premissa consagrada no Código Civil é que cláusula imposta por um se interpreta a favor do outro, alinhada com este fundamento, a cláusula agregada ao módulo prevalece sobre aquela predisposta se as duas são aplicáveis ao mesmo tempo³⁰¹. As cláusulas negociadas individualmente têm preferência sobre as não negociadas³⁰², daí a se perquirir a cognoscibilidade³⁰³ que possuía o aderente e o cumprimento do dever do estipulante de promovê-la.

³⁰⁰ A esse respeito leciona CANNARIS, in: *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Revista Jurídica, v. 312, out. 2003, p. 7-22.

³⁰¹ A esse respeito tratou a Doutrina Italiana com precisão, vide: CESARO, Ernesto. *Le condizioni generali di contratto – nella Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1989, v. I, p. 35.

³⁰² REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 145. Refere-se às condições gerais do negócio e não explicitamente a contratos de adesão.

³⁰³ Requisito de eficácia apontado no texto: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 220.

No item que segue, através da exposição da forma prática de uso das pautas anteriormente listadas, chegaremos ao final deste estudo, apontando o desfecho, ou seja, o que poderá ocorrer com o contrato celebrado por adesão (ou com algumas de suas cláusulas) entre empresários caso necessária a intervenção no intuito de coibir ou suprimir a abusividade. Ressalto que o “desfecho” da intervenção judicial não é o foco precípua deste estudo. Tencionei abordar este ponto tão-somente para que se tenha uma noção superficial das discussões existentes acerca deste tema.

B.1 Intervenção integrativa ou de complementação

A intervenção corretiva pode necessitar integrar todo o contrato para propiciar o surgimento de parâmetros que inexistam, de forma expressa, a tratar de determinada questão que precise de um posicionamento, quando buscado o árbitro ou juiz para este fim.

Assim, fala-se também em função integrativa da boa-fé e não apenas hermenêutica. Até que ponto será lícita a integração pelo juiz ou árbitro? A diretriz da concreção sem dúvida alguma é solução para este questionamento. A função integrativa está amarrada à concreta função econômico-social do contrato, isso é a sua causa. Esta função encontra-se diretamente ligada aos usos. Em caso de dúvida da melhor interpretação de uma cláusula, portanto, poder-se-á invocar a totalidade hermenêutica como fundamento³⁰⁴.

Quanto à complementação do contrato, há que se ter muito cuidado em efetivar um questionamento inicial da necessidade deste “preenchimento”. Pode ocorrer que a utilização de termos indeterminados³⁰⁵, ou com poucas cláusulas, seja um desejo das partes no intuito de manter sem definição determinada parte do contrato, o escopo poderá ser a flexibilidade e não uma atuação maliciosa do estipulante. Entretanto, se restar claro que a indeterminação será benéfica ao estipulante, poderá o julgador, ao interpretar, fazê-lo para proteger o aderente. Atuação que conta com o respaldo do Código Civil (art. 424).

Verificada a necessidade de “preenchimento” pelo intérprete do conteúdo do contrato esta deverá ser realizada com extrema cautela para que não haja violação daquilo que pretendiam as partes quando contrataram.

³⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os campos normativos ...*, p. 133.

³⁰⁵ FICI, Antonio. *Op. cit.*, p. 19.

B.2 Regime das nulidades e seus efeitos

Tem-se repetido, aqui, o contrato por adesão, por si só, não representa motivo de censura - o que se recrimina é o abuso cometido dentro da contratação pela parte que dispõe de força para determinar o conteúdo de suas cláusulas. Tanto assim que se inexistir qualquer desvio ético-jurídico o contrato é tão obrigatório como qualquer outro³⁰⁶. Principalmente neste ponto do estudo, esta afirmação deve ser considerada como máxima, somente se buscará negar validade, eficácia ou existência se não se puder manter o texto de modo que este não possa estar alinhado aos ditames do justo.

Assim, há que se ter muito cuidado antes de decidir pela decretação da nulidade de uma cláusula e, mais ainda, de todo o contrato. A decisão simples pela nulidade do contrato pode levar à injustiça o que tem impulsionado o direito para dirimir o problema³⁰⁷, principalmente no campo da contratação empresarial onde, a princípio, estamos tratando de uma relação jurídica paritária, ou seja, onde há livre poder de escolha dos contratantes.

As inovações no direito contratual contemporâneo, refletidas, sobretudo, na legislação de proteção ao contratante vulnerável transformaram o juízo da validade do contrato num juízo não apenas voltado ao processo de formação e de manifestação de vontade, geradora de vínculo contratual, mas, igualmente, voltado ao resultado efetivo do acordo de vontades, o contrato se “materializou”, reconhecendo-se, como nunca a importância de seu conteúdo³⁰⁸.

Neste item, pretende-se listar algumas modalidades de cláusulas e situações contratuais que têm ensejado a intervenção judicial e arbitral. A pretensão, aqui, é uma listagem exemplificativa fulcrada na prática dos tribunais e na Doutrina que trata do tema.

B.3 Breve abordagem dos efeitos possíveis da atividade hermenêutica se a pauta é o Código Civil

O espaço de liberdade chamado de autonomia privada é a medida que a ordem jurídica fornece de validade e eficácia espaço de exercício da vontade das partes, medida esta que vem

³⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – Princípios Gerais - Tendências do Direito Contratual Contemporâneo. *Revista dos Tribunais*, v. 765, jul. 99, a. 88, p. 19.

³⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. Op. cit., p. 772.

³⁰⁸ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 299.

sendo restringida com o passar do tempo em evidente fuga ao liberalismo exacerbado. Há quem diga que o Código Civil atual não incorporou o sistema de nulidades focado nos três planos, a tricotomia clássica: existência, validade e eficácia. Teria mantido o sistema do Código de 1916 no que concerne às nulidades³⁰⁹.

Conforme esse sistema de nulidades do Código as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes. O art. 166 contém uma listagem do que é considerado nulo.

É nulificante, por exemplo, o ilícito e, por conseqüência, pode ser declarado nulo todo o contrato pelo qual alguém assume dever de praticar ou de se abster de algum ato para o qual, segundo a concepção da vida, tal como se revela (constante da Constituição, por exemplo), há de estar livre de toda imposição ou coação jurídica³¹⁰. O nulo por ilicitude não pode convalidar-se.

O fundamento da nulidade por ilicitude está em que o ordenamento jurídico tem de recusar validade ao que levaria à prática do que ele reprova, ou obstar a prática do que reputa ser livre, ou faria depender de valor econômico o que não se pode pôr nesta dimensão³¹¹. A interpretação do art. 168, parágrafo único, do novo Código Civil (art. 146, parágrafo único, da codificação revogada) é de que o juiz deva declarar de ofício as nulidades existentes em negócio jurídico que lhe tenha sido dado a conhecer, mesmo que não tenham sido alegadas pelas partes³¹². Todavia, em que pese o dispositivo não diferencie a possibilidade de decretação de nulidade total (anular todo o contrato) ou parcial (anular apenas as cláusulas abusivas), é imanente ao sistema a viabilidade da decretação de nulidade parcial^{313,314}.

O art. 424 é expresso ao determinar que, nos contratos por adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Trata-se de um caso típico de cláusula abusiva, aquela que estipule a renúncia

³⁰⁹ ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 13.

³¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. T. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 146.

³¹¹ MIRANDA, Pontes de. OP. cit., p. 153.

³¹² (Apelação Cível nº 70018138453, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, Julgado em 08/02/2007)

³¹³ (Apelação Cível nº 70018138453, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, Julgado em 08/02/2007)

³¹⁴ Aliás, neste sentido são as decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça: “CC, ARTS. 145/146. NULIDADE. APLICAÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, POSSIBILIDADE, RECURSO DESPROVIDO. Em se tratando de nulidade absoluta contemplada no ordenamento material (CC arts. 145/146), defeso não era ao Tribunal de segundo grau apreciá-la de ofício. (AGEDAG 151689/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, julgado em 30.04.1998)”.

antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, e o texto legal, impõe nulidade dessa cláusula.

Nesse particular, existem situações contratuais específicas a que o Código dedicou artigo para, expressamente, dar-lhes nulidade, e, em que, geralmente, a celebração contratual dá-se por adesão. É o caso, por exemplo, do contrato de transporte de carga (art. 734) onde haja previsão de exclusão da responsabilidade do estipulante-transportador. Atente-se que a responsabilidade tem de ir, necessariamente, do carregamento à descarga³¹⁵, todavia, como estes contratos geralmente são por adesão³¹⁶ poderá haver tentativa do estipulante de excluir esta responsabilidade e o Código, de forma acertada, atentou para esse risco.

Outro tipo de contrato que mereceu menção específica é a dos contratos societários e a cláusula, inclusa neles, que exclua a participação de sócio dos lucros e das perdas (art. 1008).

Alinhado com o Código Civil o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem exarado entendimento de que quando haja disposição contratual de renúncia à devolução de valores pagos, deva ser considerada nula a cláusula:

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Inadimplemento pelo devedor que não mais suporta o pagamento das prestações postular a rescisão da pacto, suportando a sanção correspondente e parte legítima para a demanda empresa de renome que, embora se faça figurar em contrato firmado em língua estrangeira como mera intermediária adere ao empreendimento e até apresenta reconvenção. **Cláusulas de perda das prestações. Nula, por abusiva a cláusula que estipula a perda das prestações e a inexistência de qualquer indenização, na hipótese de rescisão por culpa do promitente –comprador, cumpre ao juiz disciplinar as condições do desfazimento da avença. Pagamentos destinados a terceiros.** Não demonstrados, extime de dúvidas, não se os reconhece. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível nº 197268576, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 20.08.1998)

³¹⁵ AULETTA, Tommaso Amadeo. Le Clausole Vessatore nella Giurisprudenza. In: BIANCA, Máximo. Le Condizioni Generali di Contratto. V. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 9.

³¹⁶ GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit., p. 326.

B.3.1 Efeitos da abusividade de cláusula

Conforme busquei expor, há extensa controvérsia na Doutrina e Jurisprudência do regime que deve ser dado às cláusulas abusivas. Pergunta-se: é caso de nulidade ou de ineficácia?

Atente-se que se deve acrescentar, para a abordagem aqui, o questionamento em particular: Qual o regime a ser dado para as cláusulas abusivas quando se trata de contrato por adesão interempresarial no regime do Código Civil?

Destarte o Código Civil tenha previsto a nulidade destas cláusulas, entendemos que o melhor posicionamento deva ser o da eficácia ou não das cláusulas abusivas. A distinção entre os conceitos do que se considera validade e eficácia, por si, permitem que se opte pela eficácia.

Eficácia é “ *in abstracto*, aptidão para produzir efeitos, *in concreto* ”³¹⁷.

No intuito de definir nulidade útil a lição de CALMON DE PASSOS, embora se refira à teoria das nulidades processuais.

Nulidade pode ser conceituada como uma desqualificação pelo sistema jurídico, no tocante a certo suposto, por entendê-lo inapto à imposição da consequência que lhe seria própria, inaptidão derivada da atipicidade relevante deste suposto, vista essa relevância em consonância com o enlace que a mesma ordem jurídica estabelece entre a vontade do sujeito agente e o resultado normativamente previsto.³¹⁸

Importante, ler, também, a lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

No negócio jurídico temos elementos essenciais à existência e essenciais à validade do negócio jurídico. Existente é, por exemplo, o negócio jurídico em que há manifestação da vontade obtida por dolo, pois elemento essencial à sua existência (manifestação de vontade) está presente. Mas esse negócio jurídico não é válido porque elemento essencial a sua validade é a manifestação de vontade isenta de vícios (e o dolo, ao lado do erro de coação, é um dos três vícios da vontade).³¹⁹

³¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e Ineficácia do Negócio Jurídico, *Revista Jurídica*, v. 311, set.2003, p. 07-17.

³¹⁸ PASSOS, JJ. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2002. p. 38

³¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico : Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo : Ed. Saraiva, 2002.

Não há dúvidas que, na contratação por adesão interempresarial, há vontade livre externada na aceitação do texto contratual predisposto. Sabe-se que há uma diminuição na autonomia privada da parte na medida que, a esta, cabe, tão-somente, aceitar ou não. Entretanto, essa redução no poder de autodeterminação da parte aderente não pode ser confundida com vício de vontade que geraria nulidade.

Importante mencionar o posicionamento a esse respeito exarado por MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA que entende que o problema será a avaliação da eficácia referindo-se, de forma expressa, à contratação por adesão³²⁰.

Nesse sentido, mas sem referência expressa à contratação por adesão, posicionou-se CALIXTO SALOMÃO FILHO com relação ao não cumprimento da pauta da função social em contrato empresarial. A consequência será a eventual falta de eficácia do contrato entre as partes quando reste reconhecido o não obediência ao princípio da função social. A eficácia do negócio está, segundo o art. 421, no cumprimento da função social³²¹. Esclarece:

A função social obriga, portanto, a uma individualização de cada uma das obrigações do contrato e a verificação de sua compatibilidade com o conceito supra definido, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes.³²²

ARNOLDO WALD³²³, diferentemente, posiciona-se em favor da “invalidade” das cláusulas abusivas em abordagem específica dos contratos celebrados por adesão.

Após a verificação da existência de abusividade das cláusulas predispostas, importante perquirir se, o tal excesso, está no conteúdo essencial do contrato ou em suas cláusulas acessórias. Caso esteja na parte essencial a consequência poderá ser a negativa de eficácia a todo o instrumento. Todavia, mesmo que a abusividade esteja na parte essencial daquele contrato, o princípio da preservação do negócio jurídico³²⁴ pode justificar a busca do reequilíbrio da posição das partes³²⁵, evitando, assim a morte daquele contrato. A grande

³²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, p. 223.

³²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social...*, p. 23

³²² *Ibidem*.

³²³ WALD, Arnold. *Da invalidade de cláusula...*, p. 239-268.

³²⁴ A esse respeito utilizei texto – MACHADO, Sílvia Dias da Costa. Princípio da Manutenção aplicado na Revisão dos Negócios Jurídicos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (org.), *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil*, p. 142-156.

³²⁵ Essa atuação foi denominada: “l’equità correttiva”. Vide: RICCIO, Angelo. *Il Controlo giudiziale della libertà contrattuale*. In: *Rivista Contratto e impresa*. Padova, Cedam, 1999. a. 3, p. 939-43.

questão será a possibilidade de promover o equilíbrio a despeito da abusividade daquele instrumento. Se for viável, permanecerá o contrato³²⁶.

B.3.1.1 Efeitos da nulidade e abusividade das Condições Gerais

Quando a contratação fizer uso de condições gerais, há que se ter particular cuidado. Em muitos casos, entende-se que as condições gerais do contrato são obrigatórias ainda que não constantes de forma expressa no texto contratual entregue para adesão. Para reconhecer tais condições como parte do contrato, porém, há que se verificar se o aderente possuía real conhecimento destas porque, somente assim, haverá possibilidade de atribuir-lhes eficácia para aquele contrato³²⁷.

Ocorre que, no caso, as condições gerais quando sem o pleno conhecimento do aderente, não podem surtir efeitos pois sequer seriam reconhecidas como parte do texto contratual. Essa questão foi levantada no Direito Italiano. O Código Civil Italiano deu ênfase aos contratos que façam uso de condições gerais, ou seja, condições uniformes que são entregues pelo estipulante ao aderente e que integrarão o contrato após a aceitação.

Art. 1341- *Condizioni generali di contratto*

Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

O Direito Italiano, recentemente, recebeu a diretiva 93/13, introduzindo no *Codice Civile* um novo capítulo denominado “DEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE”. Essa reforma ampliou a tutela dos arts. 1341 e 1342 que não está mais limitada às condições gerais, mas abrange todas as cláusulas que não foram objeto de negociação individual quando haja contratação de consumo (art. 1469).

Ressalte-se que havendo dúvida do conteúdo contratual, ou seja, da aceitação ou não daquelas condições como parte do contrato, caberá ao estipulante a prova de que foi

³²⁶ Nesse sentido é o entendimento de STIGLITZ, deve ser preservado o contrato. STIGLITZ, op. cit, p. 125.

³²⁷ GIORDANO, Alessandro. *I Contratti per Adesione*. Milano: Giuffè, 1951, p. 103.

propiciado ao aderente o pleno conhecimento³²⁸. Se provar que houve conhecimento, essas cláusulas integrarão aquele contrato.

Reconhecidas as cláusulas como integrantes daquele contrato, partir-se-á ao questionamento acerca do teor destas condições gerais.

O sistema de nulidades italiano considera ineficazes todas as cláusulas, contidas nas condições gerais do contrato, que sendo limitativas de direitos e obrigações diretamente ligadas ao objetivo contratual, presumem-se contrária à boa-fé³²⁹.

Na segunda parte do mesmo artigo 1.341, existe um elenco normativo de cláusulas vexatórias³³⁰ que devem ser consideradas sem efeito. Essa parte do artigo objetiva proteger o aderente contra as denominadas “cláusulas vexatórias”, entendidas como aquelas particularmente vantajosas para o predisponente. A esse respeito, prudente o entendimento que considera não taxativo e sim exemplificativo o rol que ali se encontra³³¹.

Dentre as cláusulas vexatórias arroladas no art. 1341, do CC Italiano, está a que estabelece que o prazo decadencial será fixado pelo outro contratante. No contrato de compra e venda é comum a tentativa de reduzir a garantia³³².

Importante mencionar, por último, que se o intérprete concluir que as condições gerais integram aquele contrato (ultrapassado o primeiro momento hermenêutico), adentrará em outro terreno: o de análise da eficácia destas. No segundo momento, passará, então, à avaliação para verificar se há ou não abusividade de cláusulas em razão do teor das mesmas e decidirá se eficazes ou não.

B.4 Conseqüências se for aplicado o Código de Defesa do Consumidor

O sistema de nulidades constante do Código de Defesa do Consumidor difere daquele inserido no Código Civil, face ao intuito protetivo constante do CDC que tanto mencionamos. No terreno das relações de consumo, muita discussão já se travou a esse respeito, precipuamente no que concerne às cláusulas consideradas abusivas.

³²⁸ GIORDANO, Alessandro. *I Contratti per Adesione...*, p. 111.

³²⁹ COSTANZA, Maria. Op. cit.

³³⁰ CESARO, Ernesto. Op. cit., p. 47-48.

³³¹ Discussão encontrada em: BIANCA, Máximo. *Le Condizioni Generali di Contratto*. V. 1 . Milano: Giuffrè, 1979, p. V.

³³² AULETTA, Tommaso Amadeo. Op. cit.

Os autores do Anteprojeto do CDC defendem a nulidade das mesmas sob o fundamento de que estas ofendem a ordem pública³³³. A nulidade, entendem, pode ser declarada de ofício pelo magistrado. Atente-se que a listagem constante do art. 51 do CDC não é estanque e podendo ser considerada abusiva qualquer cláusulas que se enquadre na concepção de abuso, de excesso em relação ao empresário-aderente-consumidor.

Encontramos, também na doutrina nacional, outro posicionamento dos efeitos da detecção de abusividade de uma cláusula, qual seja o que entende que o desacordo com o art. 51 do CDC ocasiona a ineficácia, ou seja, são sustados os efeitos pretendidos pela parte. As cláusulas são eliminadas do texto do contrato e este continua perfeitamente íntegro, válido e eficaz, porque expurgado daquilo que impedia a obtenção dos **efeitos válidos** reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, não há que se falar em nulidade das cláusulas consideradas abusivas porque a sanção de ineficácia atinge o escopo pretendido³³⁴.

Ressalte-se que os julgados do STJ têm destacado a discussão de existência ou não de vulnerabilidade, que é preliminar à avaliação dos efeitos. Retornando ao exemplo da cláusula de eleição de foro³³⁵. Se, uma empresa fixou para a outra o foro no contrato por adesão, sobreveio a adesão do empresário-aderente, ter-se-á de avaliar se a empresa era ou não vulnerável. A empresa somente será considerada vulnerável se não tem condições econômicas, jurídica e técnica. E mais, se lhe foi dado pleno conhecimento do conteúdo contratual, aceitou a eleição e denota-se que tem plena condição de defesa no foro eleito, tem entendido o STJ que a cláusula também não será abusiva, uma vez que não importou em abuso ou excesso em relação ao aderente. Assim, há que se reconhecer a validade e eficácia da cláusula de eleição de foro.

Acredita-se também que desnecessário o esforço em equiparar o empresário ao consumidor (definido no art. 2º do CDC) para o entendimento deste empresário como vulnerável. A vulnerabilidade do empresário quando contrata por adesão pode ser reconhecida em qualquer das situações que mencionamos decorrente da condição de aderente, da situação fática deste (econômica ou outra) ou da utilização do meio eletrônico, por exemplo. Mesmo

³³³ GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 505.

³³⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob. Op. cit., p. 316-324.

³³⁵ REsp 54023/RJ; REC. ESP.1994/0028022-0. Ministro EDUARDO RIBEIRO (1015). DJ 20.11.1995 p. 39587. Ementa: "Contrato de Adesão - cláusula de eleição de foro. Não se considera nula a cláusula de eleição de foro apenas por ter sido pactuada em contrato de adesão. Necessário concorrerem outras circunstâncias, notadamente a dificuldade para defesa. admite-se como válida, pois, se o acórdão recorrido afirma que se trata de empresa de grande porte, cujos dirigentes tinham perfeita noção do que convencionavam, não se podendo, ainda, afirmar resultasse, da. Mudança de foro, algum empeco relevante para a defesa do devedor".

quando citamos quatro situações, apenas, não o fizemos de forma taxativa, outras situações podem sobrevir que gerem o reconhecimento de vulnerabilidade.

Por fim, cite-se parte de julgamento do TJRS tratando da decretação de ineficácia de cláusula e preservação do contrato:

Não apenas em razão da nova ideologia implantada no sistema de direito privado pelo Código Civil de 2002, no sentido de prestigiar o chamado “Princípio da conservação dos contratos”, mas, em especial, porque em matéria de relações de consumo, a conservação do contrato é algo quase natural se observada a característica de essencialidade do consumo, entendido como interesse difuso, para a promoção do bem comum (Constituição da República, art. 3º, inciso IV) através da colocação à disposição do cidadão/consumidor de condições para uma melhor qualidade de vida ³³⁶.

Em análise derradeira, se, nas relações tipicamente de consumo, o mais pertinente é se ingressar na discussão de eficácia ou não das cláusulas, ou seja, desnecessária e errônea a invocação de nulidade muito mais no campo da contração interempresarial nas quais a parte menos favorecida, consumidor-aderente-empresário, necessita de menor proteção.

³³⁶ (Apelação Cível nº 70018138453, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, julgado em 08/02/2007)

CONCLUSÃO

O fenômeno da adesividade, quando associado ao da empresarialidade, enseja uma necessária modificação dos critérios hermenêuticos tradicionais.

No dizer de PINTO MONTEIRO³³⁷, os principais problemas que podem ocorrer na contratação por adesão são: no plano da formação do contrato, aumenta consideravelmente o risco de o aderente desconhecer as cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas; no plano processual, mostram a inadequação e insuficiência do normal controle judiciário, que atua *a posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem efeitos circunscritos ao caso concreto.

O período formativo contratual (plano da formação do contrato) apresentará especial importância sendo impostos uma série de deveres às partes, precipuamente ao estipulante considerado a parte “mais forte”. A adesão deve estar representada pela atuação positiva do aderente aceitando o predisposto. O dever de informar na fase pré-contratual terá como seu principal desdobramento o dever do estipulante de dar a conhecer todo o conteúdo contratual. Importante referir que o estipulante não é obrigado a expor sua atividade, mas, quando o fizer, deverá ser de forma verdadeira, devendo ser responsabilizado quando forneça informações falsas. Sobrevindo o uso de condições gerais, o cuidado do estipulante deverá ser maior e quando houver dúvida se essas integram ou não o contrato, poderá ser decretada a nulidade destas. O estipulante também poderá ser responsabilizado pelos conselhos e recomendações que fornece, desde que estes estejam ligados internamente à relação contratual. Outro desdobramento do dever de informar consiste na obrigação do estipulante de dar aviso de proibição e instrução, devendo existir importante relevância destes deveres quando o contrato envolva o bem maior, a vida. Assim ocorrerá, por exemplo, em relação aos contratos que envolvam compra de medicamentos entre duas empresas.

O empresário não necessita ser equiparado ao consumidor para ser protegido. Nas contratações interempresariais, haverá vulnerabilidade possível, mas, não pressuposta, como ocorre nas relações de consumo. A contratação por adesão pode ser traduzida em situação de vulnerabilidade e envolver “aderente vulnerável”. Outra situação ocorrerá quando o empresário puder ser equiparado a consumidor. Neste caso, o empresário aderente contará com proteção maior, embora também, aqui, deva-se falar em “proteção limitada”, cabendo a

³³⁷ PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 1110.

avaliação da situação fática do aderente. O elo de ligação, que permite considerar o empresário como consumidor “equiparado”, será a sua real exposição a uma prática abusiva (art. 29). Estar exposto, aí, é estar vulnerável, suscetível aos efeitos danosos destas cláusulas que importam em excesso por parte do estipulante.

No plano do conteúdo, importantíssima a utilização da idéia de abusividade (fulcrada no instituto do abuso de direito do art. 187) para as relações interempresariais. O desequilíbrio produzido pelas cláusulas abusivas decorrerá do contratado, do não equitativo, a ser avaliado no caso em particular, é esse o perfil relacional da abusividade, podendo as cláusulas serem abusivas desde a origem ou tornarem-se abusivas *a posteriori* (ditas cláusulas “virtualmente abusivas”, ou seja, para serem consideradas como abusivas, necessária a análise do desenvolvimento daquele contrato em específico). Buscou-se analisar alguns exemplos com o objetivo de permitir a visualização concreta de aplicação das pautas, quando se cogite a abusividade. Importante destacar que por estar no campo de relações interempresariais, supostamente paritárias, mesmo que uma cláusula importe em renúncia de direitos, isso, por si só, não a tornará abusiva. Diferentemente do que ocorre nas relações de consumo uma vez que, nestas, presume-se a impossibilidade do sujeito de gerir seus próprios interesses.

Finalmente, no plano processual, abordamos algumas decisões judiciais. Importante mencionar a menor generalidade de situações encontradas. Os contratos por adesão, no meio empresarial, tendem a adentrar em campos específicos, disciplinar situações peculiares do ramo de atuação de seus partícipes. Como dito de início, a regra é a oferta a um outro empresário ou a um grupo determinado de empresários. Aumentam, assim, as especificidades contratuais e, por conseqüência, a dificuldade em oferecer uma listagem, ainda que exemplificativa, do que deva ser considerado abusivo.

Nas relações interempresariais, o controle administrativo preventivo da abusividade encontra pouca relevância face à desnecessidade, a princípio, de acionar o intuito protetivo em relação ao empresário que está contratando. A regra é o controle posterior, no plano processual. Diferentemente ocorre nas relações de consumo, por exemplo, onde é imprescindível o controle administrativo³³⁸. Nesse particular, importantíssima a função dos

³³⁸ MOTA PINTO (in: Contratos de adesão, op. cit., p. 43) ressalta que o controle administrativo é instrumento que se deve ter maior cuidado quando se trate da aprovação, por um órgão, de condições gerais para determinado tipo de contrato. O perigo, menciona, é que uma cláusula abusiva venha a ser considerada obrigatória para aquele tipo contratual, em razão da aprovação, da mesma, por um órgão de controle. Transpondo a situação para a realidade brasileira, geraria uma forma de proliferação facilitada de equívoco que talvez necessitasse de ação civil pública a ser impetrada pelo Ministério Público, como única forma de resolução.

PROCONS, do Ministério Público etc. Cite-se, por exemplo, o caso dos contratos de seguro, previdência privada, de fornecimento de serviços essenciais (água, luz etc.).

Listadas algumas pautas fundamentais existentes e de uso corrente para as relações empresariais, a maior dificuldade esteve em apontar qual a hermenêutica adequada e o melhor conteúdo a ser dado³³⁹. Utilizando a expressão de GUIDO ALPA³⁴⁰, concluímos pela “multiplicidade de respostas”.

Uma das múltiplas respostas encontradas e que merece menção é a dada pelo princípio da função social, destarte persistam inúmeras controvérsias doutrinárias acerca do preenchimento de seu conteúdo (se externo ou interno àquela relação jurídica). O uso da função social do contrato vem ocorrendo, por exemplo, nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul os quais utilizam tanto a idéia de eficácia interna como a externa. O certo é que consiste em instrumento que, se bem interpretado, pode tornar-se “poderoso canal de proteção e controle social da atividade empresarial”³⁴¹.

Podemos afirmar que “velhas práticas” trouxeram “novas pautas”. Um exemplo consiste na formação de regramento próprio para os que desenvolvem a atividade empresarial sem que este regramento conte com beneplácito estatal expreso. A vetusta *LEX MERCATORIA* ressurge com nova roupagem, na forma de princípios UNIDROIT. Aliás, pauta de grande atualidade e adequação porque alinhada com aquilo que quer o empresariado e com a disciplina do contrato inspirada na regulação do mercado³⁴².

Os usos e costumes do tráfego são de grande importância, porque pauta que faz fluir a atividade hermenêutica fornece o “cimento”, a interligação, o preenchimento, que cria o verdadeiro “formato” do contrato celebrado por adesão e retrata o cenário externo a este.

Aquilo que foi fixado naquela proposta-modelo contratual, ofertada pelo estipulante, poderá ceder após a “filtragem” que promove o princípio da boa-fé como figura

³³⁹ Dura a manifestação de JUNQUEIRA DE AZEVEDO acerca do que, na época, era o Projeto do Novo Código Civil que, para ele, teve pequena melhora técnica em relação ao Código Civil de 1916. Menciona a boa-fé, função social, ordem pública e interesse público como conceitos de conteúdos vazios do ponto de vista axiológico. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva dos contratos. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 89, v. 775, maio 2000, p.11-17.

³⁴⁰ ALPA, Guido Nuove frontiere del diritto contrattuale. In: *Rivista Contratto e Impresa*. Padova: Cedeam, 1997. “A pergunta sobre as novas fronteiras contratuais requer não uma resposta, mas uma multiplicidade de respostas, não respostas simples e sim complexas”

³⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função Social...*, p. 24.

³⁴² Sobre mercado e contrato interessantíssimo o texto que utilizei no trabalho: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto del Duemila*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2205, p. 14. Refere ROPPO que há “uma nova disciplina do contrato inspirada na regulação do mercado. Melhor: a regulação do singular, específico mercado identificado em relação à tipologia dos bens e serviços que formam o objeto do contrato regulado”.

multifacetada. A vulnerabilidade detectada terá como consequência a apreciação de forma protetiva. Mas, conforme mencionamos, a detecção desta vulnerabilidade, por si só, não autoriza que se migre ao sistema consumerista. O Código Civil deve ser o instrumento primeiro a regular as relações interempresariais por adesão, nenhum esforço “artificial” deve ser feito para migrar ao CDC. A sistemática do Código Civil de 2002 tem plenas condições de conceder a eventualmente necessária proteção ao contratante-aderente-vulnerável. Observa-se que o excesso para buscar a equiparação do empresário a consumidor deva ser combatido.

É inegável o impacto que teve o CDC nos princípios de direito contratual³⁴³ e na criação de modelos jurídicos. No presente texto, isso bem se evidencia, embora estejamos no campo empresarial, vários foram os conceitos transpostos (abusividade, vulnerabilidade etc.). Devem ser adotados os conceitos de vulnerabilidade e de abusividade, desenvolvidos no âmbito do Direito do Consumidor, mas, a elas devem ser dados novos contornos peculiares à sistemática do Código Civil, como regramento para o empresário e não para a figura de consumidor vulnerável que centraliza o CDC. O mérito do Código de Defesa do Consumidor é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos³⁴⁴. Quando se conclua que o empresário esteja na condição de ser equiparado a consumidor, aplicar-se-á o CDC. Mas, o esforço “artificial” para aplicar o Código de Consumo deve ser combatido. Transpor conceitos sim, desde que adequadamente, para situações similares, e não para situações axiológicas e estruturalmente diversas.

Respondendo à pergunta feita, no início, no que concerne a efetuar um paralelo entre o Código Comercial e o atual Código Civil, acredita-se que foram suprimidos artigos que somente acrescentariam ao “esquema hermenêutico” atual. Entretanto, o Código Civil de 2002 conta com suas próprias pautas. É certo que, um Código “Novo”, como o nosso, é sempre o início de uma série de debates. Com o passar do tempo, o Judiciário, a Doutrina e a prática jurídica impulsionarão a formação do arquétipo interpretativo, o que, aliás, vem ocorrendo, como vimos aqui.

O terreno do contrato por adesão interempresarial é, certamente, solo fértil nesse sentido, porquanto, apresenta muitos pontos ainda a serem debatidos, as pautas estão aí, mas sem dúvida alguma, o preenchimento do seu conteúdo ainda depende muito da atuação do

³⁴³ É o tema encontrado no texto: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 19.

³⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria Contratual no Código de Defesa do Consumidor, Revista Trimestral de Direito do Consumidor. V. 7, jul.-set. 2001, p. 271.

jurista. Afinal, como bem refere ARNOLDO WALD, “o desafio de nosso tempo é conciliar o econômico e o social.”³⁴⁵

³⁴⁵ WALD, Arnoldo. O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos. *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, p. 50, a. XLII, abr.-jun. 2003.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, C. L. (org.) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre, AJURIS, 1994.

ALBÁN, Jorge Oviedo. Los Principios da UNIDROIT para los contratos internacionales, *Revista de Direito do Mercosul*, v. 6, n. 5, p. 11-35, out. 2002.

ALPA, Guido. *Nuove frontiere del diritto contrattuale*. *Rivista Contratto e impresa*, Padova: Cedam, 1997.

ALVIM, Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 815, p. 11-31, set. 2003, a. 92.

ARAÚJO, Justino Magno. *Inexecução do contrato de leasing em razão de cláusulas abusivas*. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2006.

ARAÚJO, Nádia. *Contratos Internacionais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

ARIZA, Ariel C. Em torno da autonomia privada contratual em el siglo XXI. In: HERNÁNDEZ, Carlos A. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

ASCARELLI, Túlio. A atividade do empresário. São Paulo: Malheiros, *Revista de Direito Mercantil*, n. 132, p. 213, a. XLII.

_____. *Panorama do Direito Comercial no Brasil*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1947.

ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados: Da Agência e Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Biblioteca de Direito Civil Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale e Judith Martins-Costa (coods.).

AULETTA, Tommaso Amadeo. Le Clausole Vessatore nella Giurisprudenza. In: BIANCA, Máximo. *Le Condizioni Generali di Contratto*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva dos contratos. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 89, v. 775, p. 11-17, maio 2000.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 750, p. 113-120, 1998.

_____. *Negócio Jurídico : Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo : Ed. Saraiva, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, n. 24, a. XV, 1976, p. 65-74.

BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais de Comércio*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor: Análise comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino*. Dissertação de Mestrado, não-publicada. Porto Alegre, 2004.

BETTI, Emilio. *Interpretazione Della Legge*. Milano: Giuffrè, 1949.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938. v. IV.

BIANCA, Máximo. *Le Condizioni Generali di Contratto*. V. 1. Milano: Giuffrè, 1979. P. V.

BOITEUX, Fernando Netto. A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil. São Paulo, Malheiros, *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro*, a. XLI, jan.-mar. 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no C.C. Brasileiro*. (Tese de Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

BRIZZIO, Alquiler de cajas de seguridad. Separata de la obra: GERSCOVICH Carlos Gustavo (dir.) *Derecho Bancario y Financiero Moderno*. Mar del Plata: Ad-hoc, Villela Editor (s/d), p. 580-604.

BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabilidade Ltda*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1985.

_____. *Contratos e Títulos Empresariais: novas perspectivas*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2001.

_____. *Sociedades Comerciais*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CALAIS-AULOY, Jean e STEINMETZ; *Droit de la consommation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003.

CALMONT, Arturo. Contrato, Tipología Contratual y Globalización. In: HERNÁNDEZ, Carlos A. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 285.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Revista Jurídica*, out. 2003, p. 7-22. v. 312.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. falta data

CARBONE, Sergio Maria. Autonomia privada e accordi sulla competenza giurisdizionale. *Rivista Contratto e impresa*, Padova: Cedam, p. 283-303, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

CESARO, Ernesto. *Le condizioni generali di contratto – nella Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1989.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. O Segurado pessoa jurídica e o CDC. In: *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, p. 292.

COMPARATO, Fábio Konder. Os Grupos Societários na Nova Lei das Sociedades por Ações. *Revista de Direito Mercantil*, n. 23, a. XV, 1976, p. 91-107.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDOBERA, Lidia. *Casos de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

CORSI, Francesco. *Lezioni di Diritto Dell'Impresa*. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Biblioteca de Direito do Consumidor), 2002.

COSTANZA, Maria. Natura Normativa delle Condizioni, p. 156. In: BIANCA, Máximo. *Le Condizioni Generali di Contratto*. Milano: Giuffrè, 1979. v.1.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro. Porto Alegre, *Revista AJURIS*, n. 37, a. XIII, jul. 86, p. 59.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006.

DELFINI, Francesco. *Autonomia Privada e Rischio Contratuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

DUBAR, Claude. *A Socialização: construção das identidades sociais e profissionais*. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

EÖRSI, Gyula. Le Condizioni Generali di Contratto nell'esperienza Ungherese. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 246. v.I.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARI, Franco. La Formación do Contrato. In: GALGANO, Francesco (coord.). *Atlas de Direito Privado Comparado*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000.

FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Granada: Comares, 2001.

FICI, Antônio. *Il Contrato Incompleto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comércio Internacional*. Franca: Unesp, 2006.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, a. XLII, p. 7-38, abr.-jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Ineficácia das Cláusulas Abusivas no Sistema Brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, a. 11, p. 316-24. jul.-set. 2002,

GABRIELLI, Enrico. Il contratto e le sue classificazioni. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, a. p. 181, 2005.

GAGGERO, Eduardo. *Análisis Exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*. T. I. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1992.

GALGANO, Francesco. Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche. *Rivista Contratto e impresa*, Padova: Cedam, p.9-16, 1996.

_____. Negócio Jurídico e Contrato. In: GALGANO, Francesco (coord.). *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 109.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós- contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez Oliveira. 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: civiles y comerciales*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GIDDENS, Antony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GIORDANO, Alessandro. *I Contratti per Adesione*. Milano: Giuffè, 1951.

GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 98, a. 87, v. 747, p. 36.

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil: o poder legislativo da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. XIII.

GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

IRTI, Natalino. *L'ordine Giuridico del Mercato*. Milão: Editori Laterza, 2004.

JAEGER, Pier Giusto e DENOZZA, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale: Impresa e Società*. Milano: Giuffrè, 1994.

JAYME, Erik. *Le Condizioni Generali di Contratto nei Rapporti giuridici italo-tedeschi*. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto*. V. I. Milano: Giuffrè, 1979. p. 194. Trata aí das relações entre italianos e alemães.

KARIMI, Abbas. *Les Clauses Abusives et la Théorie de L'abus de Droit*. Paris: LGDJ, 2001.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, n. 128, a. XLI, p. 7-14, out.-dez. 2002.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge. A Empresa: Novo Instituto Jurídico, São Paulo: Malheiros, a. XLI, *Revista de Direito Mercantil*, n. 125, p. 31, jan.-mar. 2002.

LORENZETTI, L. Ricardo. *Comercio Eletrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

LUCCA, Newton de. Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. *O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, p. 153.

_____. Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e atuais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 22, p. 300-76, set. 2002.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. Princípio da Manutenção aplicado na Revisão dos Negócios Jurídicos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (org.), *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil*, São Paulo: Ed. Quartien Latan, 2006, p. 142-156.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 709, a. 83, nov. 1994.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria Contratual no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Trimestral de Direito do Consumidor*, v. 7, p. 269-78, jul.-set. 2001.

_____. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 215- 257.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao CDC arts. 1 a 74*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Boa-fé objetiva e deveres de informação dos administradores*. Disponível em <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-set2004/artigo2.html>>. Acesso em 22.03.2007.

_____. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e Solidariedade Social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. art. 389-420. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, tomo II.

_____. O Método da Concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil: questões controvertidas*, v. 4, São Paulo: Método, 2005.

_____. Princípio da Confiança Legítima e Princípio da Boa-Fé Objetiva. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 852, p. 94-95, out. 2006.

_____. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario e ALVES, Jones F. *Questões Controvertidas*. V. 6. São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 514, nota 33.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações, Curitiba, Ed. Juruá, *Jurisprudência Brasileira, 200* – Princípio da Boa-fé Contratual, p. 9-39.

_____. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado Brasileiro. *Separata da Revista Forense*, v. 382, p. 119-143.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, Custodio Piedade Ubaldino. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo IV.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAIS, Maria Amália. Do Abuso de Direito. Alguns Aspectos. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, n. 43, a, XVIII, p. 5-31, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e Ineficácia do Negócio Jurídico, *Revista Jurídica*, v. 311, set. 2003, p. 07-17.

MOSCATELLI, Piera Cartoni. Il Mercato dei Prodotti Chimici e Alimentari. P. 138. In: NAPOLI, Emilio Vito. *Le Condizioni Generali di Contratto nella Giurisprudenza*.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. Contratos de Adesão. *Revista Forense*, jan.-mar. 1977. a. 73, v. 257, p. 33-43.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2002.

NICOLAU, Noemi L. El Derecho Contractual frente ao Plurijuridismo, La Integración y La Globalización. In: HERNÁNDEZ, Carlos A. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p 261.

OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, a. XLVIII, n. 6, p. 829-35, nov.-dez. 2002.

PASSOS, JJ. Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2002.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. *Revista de Direito Mercantil*, n. 124, a. XL, p. 183-98, out.-dez. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGERI, Pietro. *Arbitrato e Costituzione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de Adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n. 446/85 de 25 de outubro. Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, A. 46, p. 733-769, dez. 1986.

_____. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1996.

REALE, Miguel. Do regime jurídico da indústria automobilística brasileira e da necessidade de lei que estabeleça a solidariedade entre suas categorias econômicas. In: *Questões de Direito*. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1981, p. 109-148.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2007.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos de Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Visão Geral do Novo Código Civil. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, n. 808, p. 14, fev. 2003, a. 92.

_____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Editorial Astria, 1987.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade de contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

RICCIO, Angelo. Il Controllo giudiziale della libertà contrattuale. In: *Rivista Contratto e impresa*. Padova: Cedam, 1999. a. 3, p. 939-43.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da Aparência. Porto Alegre. *Revista AJURIS*, n. 24, a. 1982, p. 222-31.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1931.

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

ROPPO, Vincenzo. Il Contratto e le Fonti del Diritto. *Rivista Contratto e Impresa*. Padova, Cedam, p. 1083-1095, 2001.

_____. *Il Contratto del Duemila*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2001.

SACARRERA, E. Guardiola. *La Compraventa Internacional: importaciones y exportaciones*. Barcelona: Bosch, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, v. 132, a. XLII, p. 7-24, out.-dez. 2003.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *O Silêncio como Manifestação de Vontade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. O autor fala da aceitação de faturas em silêncio.

SILVA, João Calvão. *Compra e venda de coisas defeituosas*. Lisboa: Almedina, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A Função Social do Contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

SOMMA, Alessandro. *Autonomia Privata e Struttura del consenso contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2000.

SPERCEL, Thiago. A Teoria da Empresa no Novo Código Civil o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. *Revista de Direito Mercantil*, n. 130, a. XLII, São Paulo: Malheiros, p. 127, abr.-jun. 2003.

STIGLITZ, Rubem S. El Contrato de Seguro como contrato por adhesión. Cláusulas abusivas. Control. I. Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. *Anais. IBDS. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 99-126.*

STIGLITZ, Ruben. Contrato de Consumo y cláusulas abusivas. In: *Estudos de Direito do Consumidor. Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, v. 1, p. 321, 1999.*

STOLL, Hans. La Nuova Legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione. In: BIANCA, Massimo. *Le condizioni generali di contratto. V. I. Milano: Giuffrè, 1979, p. 269.*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – Princípios Gerais - Tendências do Direito Contratual Contemporâneo. *Revista dos Tribunais, v. 765, jul. 1999, a. 88, p. 19.*

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O Silêncio na formação do contrato. Dissertação de Mestrado. Orientadora: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister, UFRGS, 2007, inédito.*

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.*

VOLPE, Fabrizio. I Principi UNIDROIT e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale. *Revista Doutrinária. Editora Lumen Júris, p. 115-43.*

WALD, Arnoldo. Da Invalidez de cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente. *Revista da Consultoria Geral do Estado. v. 5, n. 1975, 13, a., p. 239.*

_____. O Novo Código Civil e a Evolução do Regime Jurídico dos Contratos, *Revista de Direito Mercantil, n. 130, p. 39-55, a. XLII, abr.-jun. 2003.*

_____. O empresário, a empresa e o Código Civil, p. 870-87. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos (org.). MENDES, Gilmar Ferreira e GANDRA, Ives. *O Novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo, LTr, 2004.*

JURISPRUDÊNCIA

STJ. REsp 256456/SP; RECURSO ESPECIAL2000/0039981-7. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102). J: 22/03/2001. DJ 07.05.2001, p. 147, JBCC vol. 191, p. 234, RDR, vol. 20, p. 400.

STJ. REsp 514432/SP; RECURSO ESPECIAL 2003/0026844-6. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108).

STJ. REsp 684613/SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0120460-3. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). 21/06/2005. DJ, 01.07.2005, p. 530. RDDP, vol. 30 p. 135.

STJ. REsp 264562/SE; RECURSO ESPECIAL. 2000/0062736-4. Ministro ARI PARGENDLER (1104). T3 TERCEIRA TURMA12/06/2001. DJ, 13.08.2001, p. 150.

STJ. REsp 287774 / DF; RECURSO ESPECIAL 2000/0118990-5. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (1102). 15/02/2001. DJ 02.04.2001, p. 302, JBCC vol. 190, p. 167.LEXSTJ vol. 143, p. 225.RSTJ vol. 150, p. 401.

STJ. REsp 731333/RS; RECURSO ESPECIAL 2005/0038194-1. Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113). J: 03/05/2005.

STJ. REsp 54023/RJ; RECURSO ESPECIAL. 1994/0028022-0. Terceira Turma. 17/10/1995. Ministro EDUARDO RIBEIRO (1015).

STJ. REsp 476428/SC; RECURSO ESPECIAL2002/0145624-5. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). J: 19/04/2005. DJ 09.05.2005, p. 390 RSTJ, vol. 193 p. 336.

STJ. REsp 464426/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0121251-8. Ministro BARROS MONTEIRO (1089). 02/10/2003. DJ 01.08.2005 p. 462.

STJ. REsp 595631 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0165732-7. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) T3 - TERCEIRA TURMA. J: 08/06/2004. DJ 02.08.2004 p. 391.

STJ. REsp 660026/R; Recurso Especial 2004/0073295-7. Rel Ministro Jorge Scartezini (1113). Julgado em 27.06.2005, p. 409.

STJ. Ag. Rg. no REsp 508889/DF; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). DJ: 16/05/2006.

STJ. CC 14554/MG; CONFLITO DE COMPETENCIA. 1995/0037999-6. Relator Ministro RUY ROSADO AGUIAR. Data do Julgamento 13.12.95. DJ 11.03.1996, p. 6558.

STJ. AgRg no REsp 687239/RJ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2004/0084577-7. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). J: 06/04/2006.

TJRS. Apelação Cível nº 70018138453, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, Julgado em 08/02/2007.

TJRS. Apelação Cível nº 70008381717, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, julgado em 02/12/2004.

TJRS. Apelação cível nº 70002708493, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, julgado em 13/09/2001.

TJRS. Apelação Cível nº 188047500, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: WALDEMAR LUIZ DE FREITAS FILHO, Julgado em 27/10/1988.

TJRS. Apel. Cível: 70016223125. 15 Cam. Cível. Des. ANGELO MARANINCHI GIANNAKOS (RELATOR).

TJRS. Apelação Cível Nº 70010234367, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 23/12/2004.

TJRS. Recurso Cível Nº 71000546648, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: EUGÊNIO FACCHINI NETO, Julgado em 20/07/2004.

TJRS. Apelação Cível nº 70000202713, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, Julgado em 30/05/2001.

TARGS. Apelação Cível nº 197268576, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: JOSÉ FRANCISCO PELLEGRINI, julgado em 20/08/1998.

TARGS. Apelação Cível nº 197267263, Nona Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, Julgado em 14/04/1998.

TJRS. Recurso Cível nº 71000867416, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: EUGÊNIO FACCHINI NETO, Julgado em 27/06/2006.

TJRS. Apelação Cível nº 70003607231, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: JOÃO ARMANDO BEZERRA CAMPOS, Julgado em 18/10/2002.

TJRS. Agravo de Instrumento n. 70010323012. Décima Quinta Câmara Cível. DJ: 22.11.2004. Relator Des. RICARDO RAUPP RUSCHEL.