

As Cláusulas Abusivas e o Poder de Integração do Juiz

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Sumário: I — Cláusulas Abusivas; II — O rol das cláusulas abusivas e seus efeitos; III — A cláusula geral da boa-fé; IV — A resolução por onerosidade excessiva; V — A resolução por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, IV); VI — As cláusulas abusivas no Direito português; VII — O poder de integração do Juiz nas cláusulas abusivas.

I. Cláusulas abusivas

1. Assim se qualificam aquelas dispostas nos diversos incisos do art. 51 do CODECON, que atentam fundamentalmente contra projeções específicas nos respectivos contratos dos postulados da boa-fé objetiva, do resguardo da vulnerabilidade do consumidor e da transparência nos contratos por ele celebrados, que informam o arcabouço de seu sistema. Dir-se-ia, enfim, serem aquelas que ofendem os deveres de lealdade, correção, de informar, que caracterizam a boa-fé objetiva, seu pilar fundamental, e comprometem o equilíbrio no contrato.

Como em sua quase totalidade apresentam-se os contratos com o consumidor como de adesão, impõe-se, para que

não se abalem os alicerces daquele microsistema, que sejam prevenidas as situações que possam pôr em xeque suas diretrizes basilares.

Optou, destarte, o legislador, seguindo, em parte, modelos de outros Países (Alemanha, França, Espanha, Portugal), por inscrever, em caráter exemplificativo no nosso, comportamentos e condutas, que, por se porem em desarmonia com o Código do Consumidor, quando não violarem seus princípios, devam ser privados de efeito.

2. No Direito tedesco, em parte consideram-se inexistentes, não escritas ou não incluídas no contrato (também na Lei francesa, respectivamente, de 1976 e 1978 — Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)”, *in* “Revista Trimestral de Direito Civil”, n. 1, vol. 1, 2000, págs. 13 e segs.). Menciona a autora que, “no direito comparado, as sanções para evitar a prática da inclusão de cláusulas abusivas são sua ineficácia (*Unwirksamkeit*), como na lei alemã de 1976 (§§ 9, 10, 11, AGBGB), sua declaração como “não escritas” ou sua não inclusão no contrato (art. 35 da lei francesa de 1978, § 3 da lei alemã), expressão tradicional que alguns consideram semelhante à inexistência e outros aproximam da nulidade e, por fim, sua nulidade (lei portuguesa, luxemburguesa, brasileira)”.

3. NELSON NERY JR., em texto sobre aquelas “Cláusulas”, no “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto”, do qual foi um deles, Forense Universitária, 6ª ed., 1999, págs. 487 e segs., explica que elas não se confundem com o abuso do direito do par. único do art. 160 do Código Civil, interpretado *a contrario sensu*. São sinônimas de *cláusulas opressivas*, *vexatórias*, *onerosas* ou ainda *excessivas*. Em sua concepção, são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação

contratual, o consumidor, por expressa definição, aliás, do art. 4º, I, do CDC. Tornam inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, “nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato”. Não se restringem àqueles contratos, mas são encontradas em todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual. “O CDC visa proteger o consumidor contra as cláusulas abusivas tout court e não somente o aderente do contrato de adesão”. Nele são tratadas em seção diversa daqueles.

4. Sua nulidade é regida por sistema próprio. Não se aplicam inteiramente às relações de consumo as correspondentes normas no Código Civil, Comercial, de Processo ou em leis extravagantes.

Reclamam as invalidades microssistemas, como no CDC, para atenderem às suas peculiaridades. Ele se afastou do sistema do Código Civil, pois supera a regra de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença para serem reconhecidas. Não agasalhou a bifurcação nulidade absoluta e relativa. Só admite a nulidade de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque *ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor*, base de seu sistema (art. 1º).

Deve ser pronunciada judicialmente em ação direta (ou reconvenção), em exceção substancial na contestação ou de ofício. A sentença que a proclama não é declaratória, mas constitutiva negativa (Reporta-se ao entendimento de KAZUO WATANABE, outro autor do Código, in “Breve Reflexão sobre a natureza da sentença de nulidade de casamento”, *in* RT, 542/25 — *ibidem*, pág. 491, nota 127).

II. O rol das cláusulas abusivas e seus efeitos.

5. É ele meramente exemplificativo, vindo elas discriminadas no art. 51. Segundo CLÁUDIA DE LIMA MARQUES, art. cit., elas podem ser reunidas em três grupos: 1º) *das que limitam os novos direitos do consumidor* (incisos I, II, III, VI, XVI e XV do art. 51; arts. 24 e 25 do CDC); 2º) *as cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor* (incisos IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 e art. 53 do CDC); 3º) *cláusulas “surpresa”* (incisos VII e VIII do art. 51).

No tocante a estas, o inciso V do art. 51, que as cominava diretamente de invalidade, foi vetado sob o argumento de que já estavam coibidas no inc. IV, do art. 51, verdadeira cláusula geral da abusividade. Preceituava a disposição vetada que elas consistiam nas estipulações que, “segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a aparência global do contrato, viessem a surpreender o consumidor, após a celebração do contrato”. A elas se reporta NELSON NERY JR. como “die Uberraschenden Klauseln”, da Lei tedesca. Continuam proibidas, porque contrariam a boa-fé, o dever de informar adequadamente ao consumidor e o sistema de sua proteção. Este impõe ao fornecedor o ônus de informar-lhe sobre o conteúdo efetivo do contrato, esclarecendo-o sobre eventuais dúvidas a respeito de estipulação contratual, sob pena de não o vincular.

A proibição da cláusula-surpresa guarda relação com a cláusula geral da boa-fé, inscrita no inc. IV do art. 51. Ambas configuram técnica de interpretação da relação jurídica de consumo e constituem verdadeiros e abrangentes pressupostos negativos de validade e eficácia do contrato de consumo, quer dizer, “as cláusulas contratuais devem obedecer à boa-fé e à equidade e não devem surpreender o consumidor após a conclusão do negócio, pois este contratou sob certas circunstâncias e devido à aparência global do contrato” (*ibidem*, pág. 503).

III. A cláusula geral da boa-fé.

6. Vem prevista no inc. IV c/c. o § 1º do art. 51 e recebe a admoestação de que, por sua amplitude, deveria constar de disposição própria (CLÁUDIA DE LIMA MARQUES): “é verdadeira norma proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51”.

Pode-se dizer que atua à semelhança do art. 554 do Código Civil, relativamente à fórmula genérica do “mau uso da propriedade” nos direitos de vizinhança (Cf. “Conflito de Vizinhança e sua Composição”, do saudoso Prof. SAN TIAGO DANTAS, For. 2ª ed.).

É princípio universal, segundo NELSON NERY JR., e figura nos mais importantes sistemas, tutelando o consumidor. É o caso, v.g., do § 9º da AGB- Gesetz alemã; do art. 16 do Decreto-Lei português nº 446/85; do art. 10, 1, c, da lei espanhola de proteção ao consumidor (Ley nº 20/1984, de 19 de julho).

Radica-se, porém, em fontes mais remotas no “Treu und Glauben”, do § 157 do BGB, passando, pela amplitude de seu conceito, ao longo da doutrina e jurisprudência de outros países (França, Itália, Portugal), vindo a receber consagração nos Códigos Cívicos dos dois últimos (a regra “della correttezza” — nos arts. 1.175, 1.337 e 1.358 no Código Civil italiano).

É a base das relações jurídicas (LARENZ, *apud* RUI DE ALARCÃO, *in* “Direito das Obrigações”, Texto elaborado com base nas lições do 3º Ano Jurídico, Coimbra, 1983).

É hoje norte e fundamento de todo o Direito, inclusive nas Obrigações (Cf. a excelente obra de JUDITH MARTINS COSTA, “A Boa-fé no Direito Privado”, RT, 2000). Impregna de conteúdo os sistemas abertos, a que se inclinam as legislações contemporâneas.

IV. A resolução por onerosidade excessiva.

7. Versão moderna da antiga teoria da revisão contratual (*rebus sic stantibus*, de inspiração canônica), desloca seu acento para a onerosidade da prestação em si. A primeira sempre exigiu, indeclinavelmente, que fato superveniente, extraordinário e imprevisível, rompesse o equilíbrio do contrato comutativo, de execução continuada ou periódica.

Apresenta-se, em versão também mais objetiva, na concepção da ruptura da base do negócio (OERTMANN), formada pelas representações mentais, comum a ambas as partes, ou pela representação de uma delas (desde que reconhecida e não contestada pela outra) acerca da existência (no pretérito ou no presente) de determinado fato ou a respeito da verificação futura de certas circunstâncias, nas quais se funda a deliberação de contratar. Se falha a representação, porque a realidade diverge da previsão do declarante, deve-se reconhecer à parte lesada o direito de resolver ou denunciar o negócio, conforme a natureza das prestações dele emergentes. Remotamente filia-se à teoria da pressuposição, sustentada por WINDSCHEID, segundo a qual, por vezes, a declaração negocial é emitida na firme persuasão de se verificar determinado fato (no passado, no presente e até no futuro) ou de certa situação se manter no futuro. Se não corresponde o fato suposto à realidade ou se a situação não se mantém no futuro, houvesse o declarante tido conhecimento ou previsão do acontecido, não teria desejado o negócio que celebrou. WINDSCHEID deu o nome de *pressuposição* (*Voraussetzung*) a estes fatos ou situações, cuja verificação o declarante dá como certa, ao emitir sua declaração de vontade, sem os quais não teria querido o respectivo negócio. Assemelha-se a uma condição desejada, mas não desenvolvida do negócio. Sempre que ela seja conhecida do destinatário da declaração, ou seja por ele reconhecível, sua frustração não pode, segundo WINDSCHEID, deixar de repercutir na eficácia do negócio, embora em termos mais atenuados do que a não-verificação da condição suspensiva.

8. Entre nós, por último vinha se sustentando a solução proposta por OERTMANN (base do negócio) e a de LARENZ, em torno de sua configuração, que repousa na destruição da relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação e a frustração do fim contratual (ANTUNES VARELA, “Direito das Obrigações”, vol. II, pág. 99).

9. A doutrina mais moderna tem se valido da resolução por onerosidade excessiva, disciplinada no Código Civil italiano (arts. 1.467 a 1.469) e contemplada no Projeto do Código Civil (arts. 478 a 480).

Foi de certo modo acolhida no Código de Defesa do Consumidor, ao dispor seu art. 6º, VI, ser direito básico deste a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

A onerosidade da prestação é um dos fatores de sua perturbação, ao lado da dificuldade, da impossibilidade, do cumprimento defeituoso, da mora e da inexecução (HARM PETER WESTERMANN, “Código Civil Alemão — Direito das Obrigações”, Sérgio Fabris Editor, 1976, págs. 56 e segs.).

Não se referiu a disposição do Código de Defesa do Consumidor à configuração do fato como extraordinário nem como imprevisível, contentando-se com a onerosidade excessiva da prestação de uma das partes em decorrência dele (Cf. “A Teoria da Imprevisão e o Atual Direito Privado Nacional”, da Profª. VÂNIA CUNHA BRUNO, Lumen Juris, 1994).

10. De certo modo, estas concepções defluem da repercussão da depreciação monetária (“L’Influence de la Dépréciation Monétaire sur la vie juridique privée”, com ensaios de vários autores, sob a direção de PAUL DURAND, LGDJ, Paris, 1961). Na Alemanha mesmo, a teoria da base do negócio, conquanto corresponda à visão concreta do negócio jurídico (Cf. DANZ, “La Interpretación de los Negocios Jurídicos”, ERDP, Madrid, 3ª ed.), foi lançada em 1921, época em que a crise econômica começava a alterar profundamente o equilíbrio de numerosas operações firmadas a médio e longo prazo

por comerciantes e industriais, havendo conquistado a doutrina e a jurisprudência.

11. Entre nós, o saudoso Prof. ORLANDO GOMES (“Contratos”, págs. 178 e segs.) expõe que consiste a onerosidade excessiva apenas em obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade. Há de ser objetivamente excessiva, isto é, a prestação não deve ser onerosa apenas em relação ao devedor, mas com respeito à toda e qualquer pessoa que se encontre em sua situação.

Não basta, porém, que haja se agravado exageradamente. É mister que o agravamento decorra de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. A exigência inarredável destes aspectos, a nosso ver, conduz, todavia, à raia da teoria da imprevisão, da qual difere.

12. Caso se anteveja outra solução, que não a rescisão do contrato, pode ser conferida. Atribui-se ao Juiz o poder de intervir na economia do contrato, para reajustar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas. Pode-se ainda favorecer o devedor com a alternatividade de pedir a rescisão ou pleitear o reajustamento.

Há onerosidade excessiva, destarte, quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu (reporta-se o Prof. ORLANDO GOMES a MIRABELLI). Não pode invocá-la o devedor inadimplente, mas aquele que está na iminência de sê-lo. Só pode ser reconhecida por decisão judicial, que opera efeito retroativo, não impondo, entretanto, o retorno ao “status quo ante”, se o contrato é de execução continuada ou periódica, pois as prestações satisfeitas se consideram exauridas. Aproxima-se mais da inexecução involuntária do que da voluntária.

13. Aspecto de suma atualidade, todavia, transfere da extinção do contrato para a possibilidade de sua preservação o resultado da verificação da onerosidade excessiva. Sua tônica

ca está exatamente na viabilidade da conservação do pacto obrigacional mediante o mero reajustamento das prestações, em ordem a restabelecer seu equilíbrio. Fala-se menos em extinção, mas em readaptação das prestações. Despreocupa-se um pouco do caráter de ser imprevisível e extraordinário o fato, que acarreta a ruptura da equivalência, atentando-se mais para este efeito por obra da acentuada oneração da prestação de uma das partes em si.

Por isso mesmo, na Itália, PAOLO GALLO fala na tarefa que incumbe aos Juízes de administrar a “Sopravvenienza contrattuale e problemi di Gestione del Contratto”, Giuffrè, 1992, dado que, em economia de escala, caracterizada pela produção de bens e prestação de serviços em série, em sociedade de massas, não interessa à Economia a ruptura de elos daquela cadeia, que se quer manter viva e atuante. Daí que, se advém quebra do equilíbrio entre as prestações, menos importa de que fato derive, mais relevando procurar promover sua readaptação, na equivalência de sua comutatividade, a fim de preservar-se o processo de produção econômica e da circulação de bens e da riqueza.

Não se deve desatender também ao destinatário final da cadeia, o consumidor, na expectativa, gerada pelas forças do mercado, de aquisição do bem ou serviço por vezes imprescindível às suas condições de vida, ditada pelo modo presente de viver.

14. É esta a perspectiva agasalhada no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, sob a qual a onerosidade excessiva pode ser de inigualáveis préstimos no campo e destino das obrigações.

V. A resolução por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI).

15. Viu-se a orientação sob a qual deve ser concedida, representando o último estágio na solução de problemas gerados pela ruptura do equilíbrio nos contratos comutativos.

Não se tem em vista mais ensejar a uma das partes, exclusivamente, dá-lo por findo. Sequer impor-lhe nele prosseguir, com evidente prejuízo do agravamento de sua prestação.

De outra feita, ao ensejar a revisão da respectiva cláusula, não se há de conceder também ao magistrado poder absoluto de aferição do rompimento do equilíbrio, na consideração do caráter excessivo do ônus que se abate sobre a prestação, menos ainda de permitir-lhe substituir-se à vontade das partes, para indicar a solução compatível com a restauração do equilíbrio.

16. Esta norma há de interpretar-se em conjunto com as regras que contêm cláusulas abusivas, no art. 51. Elas, de vaga formulação, a serem preenchidas no caso concreto, reconduzem-se, todavia, ao enunciado, pode-se dizer geral, do inc. IV, que a todas abriga: são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem os consumidores em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade”.

Recorre-se, uma vez mais, ao conceito de boa-fé objetiva, a que promana das justas expectativas que o homem comum pode nutrir em torno dos objetivos e do resultado concreto do contrato, em sua função econômico-social, consoante seja por ele percebida (Cf. “Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano”, Morano Editore, de CARIOTA FERREIRA; “Teoria General del Negocio Juridico”, ERDP, de EMILIO BETTI).

17. Discorrendo a respeito de “Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)”, *in* “Revista Trimestral de Direito Civil”, n. I, vol. 1, 2.000, págs. 13 e segs., CLÁUDIA LIMA MARQUES enuncia que os princípios básicos do CDC, que afetam diretamente o novo direito contratual brasileiro, são o da vulnerabilidade, o da boa-fé

e o do equilíbrio contratual. O primeiro vem expresso no art. 4º, I, como princípio orientador da interpretação da própria lei. Adverte também que a abusividade da cláusula, por ofensa à regra genérica de tutela da boa-fé, é concomitante com a formação do contrato, nenhuma ligação tendo com as chamadas causas de revisão dos contratos por atuação de fatores supervenientes. “A identificação desta abusividade, exercício de aplicação/subsunção da lei e de interpretação do contrato como um todo e das práticas comerciais, é que pode ser posterior à formação do contrato, como a fotografia de um fato já existente”.

GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO, “Les contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien”, in “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1997, nº 4, págs. 629 e segs., explanam que se deve estimar o caráter abusivo, levando-se em conta dois elementos: a oposição à boa-fé objetiva e o desequilíbrio dos direitos e obrigações que decorrem do contrato. Este deve apresentar dois aspectos: ser significativo e concernir aos direitos e obrigações das partes, a saber, deve ter uma natureza jurídica, não econômica. O Juiz não pode apreciar o valor econômico da contrapartida do preço, mas deve examinar se a cláusula resulta em detrimento do consumidor, sem corresponder à outra que surta a mesma consequência para o profissional. A cláusula é inserida em um contexto, que, interpretado no conjunto, em função das outras cláusulas não estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

18. Nesta seara, há de recorrer-se, inelutavelmente, ao poder discricionário do magistrado, no avaliar se a cláusula encerra, ou não, aquele caráter. Os dois últimos juristas o enfatizam, falando no papel criador da Jurisprudência, cerne de toda a matéria. Sem pretensão de ser exaustiva, a Diretiva comunitária nº 93/13, que endereçou orientações para a harmonização das legislações internas dos Países membros da União europeia, oferece ocasião de abrir debate doutrinário e de atrair a atenção dos Juízes sensíveis à idéia da fun-

ção criativa da jurisprudência. O problema não é novo na literatura jurídica: duas tentativas, que provêm de culturas jurídicas diversas — a francesa e a inglesa —, já assumiram a discussão. CLÁUDIA LIMA MARQUES registra que três são as bases instrumentais para combater as cláusulas abusivas no CDC: *prioridade do controle judicial do conteúdo do contrato*, sem excluir um controle administrativo, opção pela nulidade absoluta como sanção da abusividade da cláusula; e elaboração de uma lista exemplificativa de cláusulas consideradas nulas, permitindo sua regulamentação (*ob. cit.*, pág. 34). Alude à missão de integrar as cláusulas abusivas concedida ao poder discricionário do Juiz, na tutela da boa-fé objetiva. Tem por meta a almejada justiça e equidade contratual.

Em excelente estudo sobre “I principi Unidroit e L'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity)”, o Dr. FABRIZIO VOLPE, Prof. da Universidade de Foggia, *in* “Revista do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado”, nº 3, pág. 115, mostra como, a partir inclusive do comércio internacional, chega-se à indeclinável manutenção do equilíbrio do contrato, que plasma seu conteúdo.

19. Tudo se prende, no fundo, à aceção em que se tenha o contrato, hoje não mais como ato que encerre interesses apenas contrapostos, mas que os harmonize em busca de fim comum. Esta é a concepção que melhor se coaduna com sua função social (Cf. nosso livro “Contrato”, Renovar, 1999, pág. 51), consoante a qual, nas palavras do Mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (“Instituições de Direito Civil”, vol. III, págs. 4/4) “aproxima os homens e abate as diferenças”. Neste sentido, a Prof^a. da Faculdade de Direito de Orléans, CATHERINE THIBIERGE-GUELFUCCI, em profícuo ensaio sobre “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, na “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, nº 2, abril/junho de 1997, págs. 358 e segs., fala na emergência de novos princípios, a ultrapassarem os esquemas tradicionais do contrato. Indica o da igualdade contratual, o do equilíbrio e

o da fraternidade contratual. Este implicaria em servir o contrato de instrumento de colaboração entre os homens, de modo que, mediante a assunção de obrigações, possa, por exemplo, o devedor obter aquilo de que carece e a que precisa atender.

20. O poder discricionário do Juiz, entretanto, encontra balizas no próprio microssistema do CDC. Deste modo, o § 2º, do art. 51 preceitua que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

21. No Direito italiano, o Prof. PIETRO MARIA PUTTI, in “Codice del Consumo e del Risparmio”, a cura de GUIDO ALPA, Giuffrè, 1999, em ensaio sobre “Le clausole vessatorie nei contratti dei Consumatori”, págs. 374 e segs., ressalta que o legislador preferiu o termo “vessatorie” a abusivas, em respeito à tradição italiana, para qualificar as cláusulas, que, malgrado a boa-fé, trazem a cargo do consumidor um desequilíbrio significativo dos direitos e das obrigações que lhe concernem. O caráter de vexatório se determina com referência à natureza do bem ou do serviço objeto do contrato, em relação às circunstâncias da estipulação, assim como outras condições do contrato ou de outros contratos a ele ligados (que poderiam equilibrar as conseqüências jurídicas da cláusula em questão).

A verificação de tratar-se, ou não, de cláusula vexatória reside em dois critérios de natureza substancial: o *desequilíbrio* entre as partes e a existência ou não de uma tratativa.

22. Em recente e notável conferência pronunciada em Seminário sobre Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 27 de abril deste ano (2001), o Prof. ALFREDO CALDERALE, das Universidades de Bari e Foggia, ao abordar o tema “O mercado único europeu e o consumidor”, mostrou como a evolução da matéria, a partir da Diretiva enun-

ciada, se tem guiado no sentido de consagrar o que denominou de neo-formalismo dos contratos, a saber, de sua rigidez na forma, quando se trate de proteger as legítimas expectativas do consumidor, abstratamente considerado, em relação não mais ao produto ou serviço, mas à própria contratação em si. A contrariedade ao texto legislativo golpeia de nulidade a cláusula.

No entanto, individualmente considerado o consumidor, em dada situação concreta, deve-se orientar pelo aproveitamento do contrato, tanto quanto possível.

Busca-se disciplinar o mercado de modo uniforme no resguardo também da igualdade de condições na concorrência.

23. Evoquem-se a este propósito as orientações dos Profs. GUIDO ALPA e M. DASSIO, no trabalho mencionado, de que “une nouvelle époque naître dans de domaine du contrat, conforme à des principes plus équitables, où les limitations à la liberté contractuelle seront compensées par l’introduction de rapports plus équilibrés, fondés sur une nouvelle et plus satisfaisante “éthique des affaires”” (*Rev. cit.*, pág. 650).

VI. As cláusulas abusivas no Direito Português

24. Nele foram objeto de disciplina no Decreto-lei nº 446/85, alterado pelo Dec.-lei nº 220/95, sob a denominação de “Cláusulas Contratuais Gerais”, visando moldar a vontade dos intervenientes nos negócios jurídicos a que correspondem (Comentários de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 1986, pág. 17). Explicitam os autores que remonta seu regramento, embora timidamente, ao Código Civil italiano, vindo a se expandir em vários países europeus e de outros continentes. Surgem — comentam — como instituto à sombra da liberdade contratual. Promanam das padronizações negociais, que favorecem o dinamismo do tráfico jurídico e conduzem a uma racionalização ou normalização e a uma eficácia benéfica aos próprios consumidores.

Neste quadro, as garantias clássicas da liberdade contratual mostram-se atuantes apenas em casos extremos: o postulado da igualdade formal dos contratantes não raro dificulta, ou até impede, uma verdadeira ponderação judicial do conteúdo do contrato, em ordem a restabelecer, sendo caso disso, a sua justiça e idoneidade. Com sua adoção deu-se passo decisivo no sentido de estimular ou habilitar os tribunais a intervenções relativas ao conteúdo dos contratos, com vista à salvaguarda dos interesses da parte negocialmente mais fraca. Por meio da boa fé o intérprete dispõe de legitimidade para a efetivação de coordenadas fundamentais do direito. O apelo ao conceito de ordem pública é outro alicerce.

25. As cláusulas contratuais gerais apresentam as seguintes características (*ob. cit.*, pág. 17): a) são pré-elaboradas, existindo disponíveis antes de surgir a declaração que as perfilha; b) revelam-se rígidas, independentemente de obterem ou não a adesão das partes, sem possibilidade de alterações; c) podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas, quer como proponentes, quer como destinatários.

Pré-elaboração, rigidez e indeterminação são características que as identificam e justificam sua disciplina jurídica autônoma.

26. Relativamente ao regime das que seriam cláusulas abusivas, apontam os juristas referidos (*idem*, pág. 27) que, ao estabelecer uma disciplina das cláusulas contratuais gerais, o legislador previu, no tocante aos contratos efetivos que nelas se baseiem, dois grupos de situações patológicas: por um lado, a celebração de contratos singulares com inobservância de certas regras pré-negociais, aplicáveis qualquer que seja o seu conteúdo; por outro lado, a celebração dos mesmos contratos com um conteúdo que a lei vede. No primeiro caso, as cláusulas contratuais gerais atingidas não se incluem nos contratos singulares. Diversamente, se ocorre a segunda hipótese, elas são nulas.

O art. 15º do aludido Decreto-lei enuncia o princípio geral de serem proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, que é a objetiva e exprime princípio normativo. Não fornece ao julgador uma regra apta à aplicação imediata, mas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a sua mediação concretizadora. “Deixa-se aberta, deste modo, a possibilidade de atingir todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça”.

Devem ponderar-se, na aplicação da regra, de conformidade com o art. 16º, os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada e, especialmente, a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, por seu teor e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; e o objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.

O art. 18º relaciona as cláusulas absolutamente proibidas, dentre as quais as que excluem ou limitam direitos da parte mais fraca ou confirmam faculdades optativas à outra. No art. 19º, inscrevem-se as cláusulas relativamente proibidas, tais como as que concedam vantagens, inclusive prazos, excessivas a favor do predisponente.

No preceito anterior, comentam os Profs. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO (*ob. cit.*, pág. 46), indicam-se proibições que atuam sempre que ocorram as cláusulas por elas abrangidas, isto é, independentemente de esquemas negociais em que as mesmas se incluam. Já no artigo seguinte, contêm-se cláusulas relativamente proibidas, a saber, suscetíveis de serem válidas para certos tipos de contratos e não para outros. Só funcionam em determinadas direções, tudo dependendo do que resultar de um correspondente juízo valorativo. Eis por que nele se recorreu a conceitos indeterminados, como “prazos excessivos”, “cláusulas penais desproporcionadas”, “fatos insuficientes”, “depende injustificadamente”, “compensação adequada”, “dispên-

dios consideráveis”, “graves inconvenientes”, “interesses sérios”, “sem compensação” e “sem justificação”.

27. No tocante à subsistência dos contratos, ainda que eivados de cláusulas gerais coibidas, determina o art. 13^o que o aderente que as subscreva ou aceite pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas. O art. 14^o estatui que, se a faculdade antes prevista não for exercida ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos.

Lembram os juristas que a redução conduz à persistência do contrato, restrito à parte válida, exceto quando se demonstre que não teria sido concluído sem a cláusula ou cláusulas nulas (art. 292^o do Código Civil).

Estes, em síntese, os traços do regime das cláusulas ditas abusivas, entrenós, no Direito português.

VII. O Poder de integração do Juiz nas cláusulas abusivas

28. Já se destacou (item 6), na invocação da excelente obra de JUDITH MARTINS COSTA, “A Boa-fé no Direito Privado”, RT, 2.000, que esta impregna de conteúdo os sistemas abertos, a que se inclinam as legislações contemporâneas. Mostra a autora que, no Direito Comparado, a boa-fé objetiva provoca substanciais alterações no sistema, porque modifica a compreensão e a extensão das fontes de produção de direitos subjetivos e deveres. Entre nós, conquanto não haja sido consagrada no Código Civil, recebe tratamento tópico, por influência eminentemente doutrinária, ingressa, pela via jurisprudencial, no *corpus* do ordenamento, permitindo a abertura do sistema. Ressalta a conveniência da inserção do princípio da boa-fé objetiva em cláusula geral, em nosso Direito, que será relevante para a recepção e amoldamento, no ordenamento civil, dos princípios constitucionais. Torna-se

necessário, a este escopo, que a jurisprudência, alimentada pela doutrina, elabore os modelos aos quais as cláusulas gerais potencialmente reenviam.

Viabilizar-se-á, assim, sistema aberto, que enseje sua própria e contínua realimentação (*ob. cit.*, págs. 516/18).

29. Esta é a tendência do Direito Privado contemporâneo, como se lê dos excelentes trabalhos, apresentados por juristas de todo o mundo nos “Travaux de l’Association Henri Capitant”, t. XLIII, 1992 (“Journées louisianaises”, Litec, Paris), sobre o tema “La Bonne Foi”.

Nesta seara, há indeclinavelmente de recorrer-se ao poder discricionário do Juiz, como assinalaram GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO (“Les Contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien”), ao aludirem ao papel criador da jurisprudência. CLÁUDIA DE LIMA MARQUES, no artigo *cit.* e em sua profícua obra, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, 1992, págs, 176 e segs., reporta-se ao controle judicial dos contratos de consumo, formal por via da nulidade que golpeia de nulidade absoluta as cláusulas, não exaustivas, do art. 51, e do próprio conteúdo do contrato, com vistas a ajustá-lo ao equilíbrio entre as partes.

Passa-se da mesma forma que na resolução do contrato por onerosidade excessiva, em que incumbe ao magistrado aferi-la para, primacialmente, buscar readaptar as prestações.

30. No entanto, seu poder discricionário não é deixado exclusivamente a seu alvedrio. Encontra balizas no próprio microssistema, a partir dos princípios que o inspiram. No caso do Código de Defesa do Consumidor, os da vulnerabilidade, da boa fé e do equilíbrio contratual. O primeiro vem expresso no art. 4º, I, como diretriz na interpretação da própria lei.

GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO acentuam que deve o Juiz examinar se a cláusula resulta em detrimento do consumidor, sem corresponder à outra, que surta a mesma conseqüência para o profissional. Ela é inserida em um contexto, que, interpretado no conjunto, em função das outras

cláusulas, não estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

Neste passo, é de suma utilidade a orientação da lei italiana e portuguesa. A primeira enfatiza, como visto, a identificação do caráter abusivo da cláusula com referência à natureza do bem ou serviço objeto do contrato, em relação às circunstâncias da estipulação, assim como a outras condições do contrato ou de outros contratos a ele coligados (que não poderiam equilibrar as conseqüências jurídicas da cláusula em questão — cf. PIETRO MARIA PUTTI, *art. cit.*). No mesmo sentido se orienta a legislação portuguesa, como exposto na seção própria.

31. Outra não há de ser a exegese do Direito brasileiro diante do § 2º, do art. 52, do CDC, ao editar que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Estes esforços de integração, assumidos pelo magistrado, haverão de buscar fomento no próprio tipo contratual, tendo-se em vista sua função econômico-social, na concepção objetiva do negócio jurídico (EMILIO BETTI, CARIOTA FERRARA, GALVÃO TELLES e outros), que não rende margem ao subjetivismo da ideação do julgador.

Nem estará adstrito às exclusivas estipulações, que dele constam, as quais, o mais das vezes, sequer são lidas, em sua inteireza, pelo consumidor. Mas buscará no resultado prático e econômico, que visa o contrato alcançar, e nas legítimas expectativas que dele pode haurir o consumidor, como homem comum (teoria da impressão do negócio jurídico, de EMILIO BETTI), a hermenêutica fundamental para promover sua integração, no determinar a cláusula abusiva e extirpá-la, assim como no preencher a lacuna que ocupava.

32. Só assim atenderá o Juiz àquela recomendação, que tem em vista, como na resolução por onerosidade excessiva, preservar sempre o equilíbrio das prestações. Não cairá no

subjetivismo de uma interpretação, que pode não corresponder ao que do contrato esperava a parte, mas, sem ser senhor do interesse em jogo, promoverá sua adaptação de conformidade com a expectativa que, em torno de seu resultado, nutre o homem comum, independentemente de conhecer todas suas cláusulas.

Conciliam-se, deste modo, a necessidade de segurança das relações jurídicas e o respeito ao ato jurídico perfeito, mas, de outro, não se transforma ele em instrumento de submissão de uma parte, inferior em vários graus, à outra.

A este propósito, em recentíssimo e profundo ensaio sobre “*Situazione di Disparità di Potere Contrattuale nel Diritto dei Contratti*”, publicado na Revista Doutrinária nº 4, do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, págs. 261 a 294, expressa o jovem e culto Prof. FABIZIO VOLPE:

“ Il riequilibrio del rapporto attraverso la conservazione del contratto parzialmente nullo diventa quindi uno strumento di applicazione generale, ogni qual volta sia impossibile dare una lettura del contratto prescindendo dagli interessi della parte più debole con esso perseguiti”.

Ao propósito, interroga com propriedade o prof. JEAN CALIS-AULOY em artigo sobre “ “*L’Influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*”, in “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*”, nº 2, 1994, págs. 239 e segs.:

“ Lutter contre les déséquilibres excessifs, n’est ce pas revenir à la bonne foi contractuelle, évoquée dans son 3e alinéa par l’article 1.134 du code civil? N’est-ce pas introduire, comme le souhaitait Ripert, une règle morale dans les obligations civiles? La doctrine et la jurisprudence classiques, par une application déformée du principe de l’autonomie de la volonté, donnent force obligatoire à des clauses qui ont été dictées par l’un des contractants et que l’autre n’a généralement pas lues ou dont il n’a pas compris le sens. N’est-il pas plus juste, faute de volonté commune, de donner au contrat un contenu équilibré?”.