

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO BRASILEIRO E NO ITALIANO

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador do TJ/RJ. Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense

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, de 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 a 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, nº 1, v. 1, 2000, pp. 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, pp. 487 e segs., explana que elas não se confundem com o abuso do direito do parágrafo 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 carregados 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 a 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*, p. 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, *vissem 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*, p. 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. 2 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 (Lei 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 Civis 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. AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO ITALIANO

7. Nele, a expressão “contratos de consumidores” é muito vasta, porquanto compreende os contratos de crédito ao consumo, os de viagem, os de aquisição de bens e serviços, certos contratos bancários e outros (Cf. GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO, “Les contrats de consommateurs et les modifications du Code Civil italien”, *in* **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1997, nº 3, p. 629 e segs.)

São objeto de disciplina nos arts. 1.469 *his sexies*, inseridos no título dedicado ao contrato em geral, no Código Civil, para integrar, no plano interno, as normas da Diretiva comunitária nº 93/13.

Mediante o art. 25 da Lei de 6 de fevereiro de 1996 - nº 52, o Estado italiano recepcionou aquela Diretiva. Suas normas introduziram no sistema civilístico uma particular disciplina geral da categoria dos contratos dos consumidores, diferenciando-os dos outros contratos de massa e individuais, que continuam regidos pelos preceitos antes vigentes.

Assinala 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**, p. 374 e segs., que a opção do legislador italiano foi de renovar o Código Civil em lugar de editar uma norma especial: teve específica intenção de conferir ao novo regramento um significado ulterior com referência àquele, setorial, da eliminação das cláusulas *vexatórias* nos contratos dos consumidores. Afirmaram-se ou se reafirmaram princípios velhos e novos, capazes de assumir eficácia no interior do ordenamento como valores de referências gerais. Têm-se como enucleados nas novas regras os princípios da tutela do consumidor, da boa-fé, do equilíbrio e da transparência contratual. 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 a outras condições do contrato ou de outros contratos a ele coligados (que poderiam equilibrar as consequências jurídicas da cláusulas em questão).

8. O art. 1.469-*bis* do Cód. Civil fornece uma relação (mais ampla em confronto com a Diretiva) de cláusulas que se presumem *vexatórias* até prova em contrário (ao passo que o elenco da Diretiva tinha finalidade puramente indicativa).

O art. 1.469-*quinques*, § 2º, contém uma segunda relação (chamada lista negra) de cláusulas consideradas em qualquer caso *vexatórias*. Trata-se daquelas que excluem a responsabilidade do profissional (lá se emprega “profissionalista”, em lugar de fornecedor do bem ou do serviço) pela morte do consumidor; que excluem a oposição de exceções de inadimplemento; e que vinculam o consumidor a condições que ele não pode conhecer. São ineficazes, no sentido do último parágrafo do mesmo artigo, as cláusulas que prevêm a aplicabilidade ao contrato territorialmente coligado com um Estado da União européia, pela legislação de um país extracomunitário, na qual se priva o consumidor da tutela prestada pelas normas em exame.

O elenco contém algumas cláusulas já conhecidas e disciplinadas no sistema jurídico italiano. Em particular, as cláusulas contempladas no § 2º do art. 1.342 C.C., se introduzidas nos contratos dos consumidores, serão presumivelmente ineficazes ainda que hajam sido aprovadas.

As cláusulas consideradas vexatórias no art. 1.469-*bis*, em número de vinte, assemelham-se às dispostas no art. 51 do CDC. Assim se presume até prova em contrário aquelas que, v.g., têm por objeto ou por efeito impor ao consumidor, em caso de inadimplemento ou de atraso no cumprimento, o pagamento de soma em dinheiro a título de ressarcimento, cláusulas penais ou outro título equivalente de importância manifestamente excessiva (nº 6); prevêm a extensão da adesão do consumidor a cláusulas que não teve a possibilidade de conhecer antes da conclusão do contrato (nº 9); permitem ao profissional modificar unilateralmente as cláusulas do contrato, ou as características do produto ou do serviço a ser fornecido, sem motivo justificado indicado no contrato (nº 11).

9. 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. A alusão à boa-fé, no conceito geral da abusividade, segue, à letra, a tradução italiana da Diretiva 93/13 e pode ser interpretada no sentido de que a cláusula que acarreta um desequilíbrio no contrato é vexatória, mesmo se o profissional estiver de boa-fé, ou no sentido de que a cláusula é vexatória se contraria o requisito da boa-fé.

10. A valoração da cláusula como vexatória, ou não, não concerne ao aspecto econômico da operação. De acordo com o art. 1.469-*ter*, § 2º, de fato esta não pode investir contra o objeto do contrato ou a adequação do correspondente dos bens ou serviços fornecidos pelo profissional. Requer-se, entretanto, que as cláusulas relativas aos elementos mencionados sejam formuladas com clareza, dando ingresso ao princípio da transparência da operação contratual: em outras palavras, não se vão indagar as escolhas substanciais do consumidor (estipular um dado contrato com certas prestações), mas se deseja assegurar que ele possa compreender aquilo que esteja realizando.

11. Consoante o art. 1.469-*quinqües*, §§ 1º e 3º, as cláusulas vexatórias são *ineficazes*, ao passo que o contrato permanece eficaz quanto ao mais e a ineficácia só se reconhece em favor do consumidor e pode ser pronunciada de ofício pelo Juiz. É assim no art. 6º, § 1º, da Diretiva. A opção pela ineficácia, em vez da nulidade, tem como objetivo evitar problemas

interpretativos, que possam originar-se de sua associação com a disciplina codicística da nulidade parcial. A ineficácia é imprescritível.

V. BREVES CONCLUSÕES

12. Vê-se que, por influxo direto da Diretiva nº 93/13 da CEE, diferenciado, ao menos nas conseqüências, revela-se o tratamento das cláusulas abusivas (vexatórias) no Direito brasileiro e italiano.

Em ambos sua proscrição atende aos princípios da boa-fé, transparência, vulnerabilidade do consumidor (mais acentuada em nosso Diploma) e da preservação do equilíbrio do contrato. Lá se prevêem duas relações de cláusulas daquele teor: uma, contendo aquelas que geram, por si, uma presunção relativa; outras, em menor número, que irrefragavelmente são vexatórias.

A determinação do caráter de abusiva naquele Direito se dá em função da natureza do bem ou do serviço objeto do contrato fundamentalmente, a atentar contra a boa-fé, na medida em que acarreta, para o consumidor, desequilíbrio contratual (verificação de ordem mais objetiva). Recorre-se menos ao conceito de hipossuficiência, presente na nossa legislação, para invocarem-se as normas protetivas do consumidor. A boa-fé subjetiva pode mesmo coexistir com o caráter vexatório da cláusula, se o fornecedor do bem ou serviço, ainda assim, desconhece as conseqüências que vai projetar no recinto do contrato.

13. Entre nós, como assinala Cláudia Lima Marques (art. cit.), 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.

No direito italiano, dá-se sobretudo ênfase à ruptura do equilíbrio no contrato. NELSON NERY JR., no trabalho cit., p. 504, confere relevo, entretanto, àquele desvio na configuração das chamadas cláusulas “surpresa”, que logram vedação na cláusula geral da boa-fé, no art. 51, IV.

CLÁUDIA LIMA MARQUES acentua 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 atual de um fato já existente”. GUIDO ALPA e MICHELE DASSIO explicam, no ensaio referido, 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 estipuladas, não justifica o desequilíbrio em prejuízo do consumidor.

14. Nesta seara, há de recorrer-se, inelutavelmente, ao poder discricionário do Juiz, no avaliar se a cláusula encerra, ou não, aquele caráter. Os dois últimos juristas o ressaltam, falando no papel criador da Jurisprudência, cerne de toda a matéria. Sem pretensão de ser exaustiva, a integração da diretiva oferece ocasião de abrir debate doutrinário e de atrair a atenção dos magistrados sensíveis à idéia da função 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 consigna que três são as bases instrumentais para combater as cláusulas abusivas no CDC: prioridade ao *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., p. 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.

Tudo promana, no fundo, da 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, a concepção que melhor se coaduna com sua função social (Cf. nosso livro *Contrato, Renovar*, 1999, p. 51), consoante a qual, nas palavras do Mestre Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, v. III, p. 4/5), “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, p. 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.

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

16. Com suma razão, proclamam, pois, os Profs. GUIDO ALPA e M. DASSIO que “une nouvelle époque naître dans le 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., p. 650). ◆