

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR*
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: 1.1. Conceito de cláusula abusiva; 1.2. Cláusula geral de lesão enorme; 1.3. Cláusula geral de boa-fé objetiva; 1.4. As listas; 1.5. O controle das cláusulas abusivas; 1.6. Ações cabíveis. Prescrição e decadência.

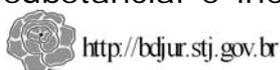
1.1. CONCEITO DE CLÁUSULA ABUSIVA

O conceito de abusividade é fundamental para a leitura do Código do Consumidor. Ele perpassa os três pontos cernes regulados pela lei: a prática comercial, a publicidade e o contrato, proibindo que em qualquer desses momentos esteja presente o abuso.

O problema está em determinar o que seja abusividade, podendo o legislador:

1. Criar para a abusividade uma definição adequada.
2. Empregar uma cláusula geral de Direito, cuja indeterminação conceitual permita ao aplicador identificar, de caso a caso, a ocorrência do abuso.
3. Abrir mão do conceito e se limitar à enumeração dos casos onde, por sua presunção, acontece o abuso (são as listas).

Para definir abusividade têm sido usadas as idéias de prejuízo substancial e inevitável, de razoabilidade e de inescrupulosidade. Para a



* Aposentado do cargo de Ministro do STJ, a partir de 12/8/2003.
AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994, p. 13-32.

primeira corrente, seria abusiva a cláusula que causasse ao consumidor prejuízo grave (substancial), do qual não pudesse se liberar (inevitável); para a segunda, abusiva seria a cláusula que dele exigisse uma prestação além do razoável, de acordo com os critérios fornecidos pelo senso comum; por último, seria abusiva a cláusula reveladora de inescrupulosidade por parte do fornecedor, com ofensa aos bons costumes. Bourguignie já sugeriu solução mais ampla: é proibido qualquer ato pelo qual o comerciante prejudica de maneira real o consumidor.

O nosso Código não tentou definir a abusividade através de um enunciado abrangente; em vez disso, elaborou uma lista e estabeleceu duas cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: a cláusula geral da lesão enorme e a cláusula geral da boa-fé.

A cláusula geral do Direito é uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. É norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação. Essa determinação é feita pelo operador à vista do valor que a norma quer proteger. Estabelecida assim a regra de conduta para o caso, o juiz a confrontará com o comportamento realmente praticado. Da desconformidade entre a conduta efetiva e a conduta prevista (na regra definida para o caso, pelo juiz), resultará o conhecimento da ilicitude dessa conduta. O nosso sistema jurídico contém inúmeras cláusulas gerais (que não se confundem com as cláusulas gerais do negócio, portanto estas são apenas cláusulas contratuais preordenadas pelo estipulador e vão integrar o contrato de adesão, onde também são chamadas de condições gerais, cláusulas uniformes, etc.). As cláusulas gerais do ordenamento jurídico são janelas abertas no sistema, que servem tanto para a elaboração de preceitos jurídicos, de outro modo dificilmente alcançáveis, como para a inserção de

fatores nele ausentes, inclusive metajurídicos. O artigo 159 do Código Civil, sobre a responsabilidade civil por ato ilícito, ao não definir em que consiste a culpa, é uma cláusula geral. Esta também não se confunde com os princípios jurídicos, nem com os conceitos jurídicos indeterminados. Conforme explicou Judith Martins-Costa, os princípios são pensamentos reitores de uma regulação jurídica existente ou possível, em relação aos quais as cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para sua concreção. Já os conceitos indeterminados, apesar de sua vaguidão e ambigüidade, apenas permitem ao operador estabelecer a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo; estabelecida essa premissa, a solução já está predeterminada.

Por exemplo: o princípio geral de que todos devem se conduzir de acordo com as exigências da boa-fé tem como seu instrumento operacional, no âmbito do Direito do consumidor, a cláusula geral da boa-fé, que atribui ao juiz o trabalho de fixar, no caso concreto, a norma de conduta que deveria ter sido observada pelas partes. Já os conceitos indeterminados (ou melhor, os termos indeterminados, na lição de Eros Roberto Grau), como a “linguagem didática”, do artigo 50, parágrafo único, ou as “situações justificáveis”, do artigo 51, inciso 1, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou o “furto de pequeno valor”, do artigo 155, § 1º, do Código Penal, são descrições de fatos que apenas permitem ao julgador dizer se a situação encontrada no caso se ajusta ou não ao conceito de linguagem didática, de situação justificável ou de pequeno valor, uma vez que a norma de conduta e a sua consequência jurídica já estão definidas.

1.2. CLÁUSULA GERAL DA LESÃO ENORME

A idéia de lesão, como causa de rescisão do contrato, remonta a uma Constituição de Diocleciano. Respondendo a uma consulta, o imperador considerou que o vendedor de um imóvel por preço irrisório

(inferior à metade do valor real) tem direito de obter do juiz o desfazimento do negócio ou a integralização do preço. Caracterizada ali uma lesão *ultra dimidium* (além da metade), cujo único requisito era o dado objetivo do desequilíbrio entre as prestações.

Os canonistas expandiram a idéia para todos os contratos e nela incluíram a de *dolo in re ipsa*, pela qual o dolo está na própria conduta de quem usa do negócio para causar lesão enorme (1/2 do justo valor) ou lesão enormíssima (2/3 do justo valor). Surgiu aqui, com a referência ao dolo, um elemento subjetivo.

Nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XIII), admitiu-se a lesão em contrato versando sobre bens, alegável por qualquer das partes. Rescisão, não nulidade, sendo o negócio válido, apenas sujeito a desfazimento posterior ou complementação do preço.

O nosso antigo Direito contemplava a hipótese da lesão enorme, assim como definida na Consolidação de Teixeira de Freitas, artigo 359:

“Todos os contratos em que se dá ou deixa uma coisa por outra podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme, isto é, se exceder a metade (1/2) do justo valor da coisa”.

Era a lesão pura, onde não havia vício de vontade, mas rescindibilidade fundada na simples quebra da equivalência entre as prestações, objetivamente verificada.

Na Europa, porém, a Revolução Francesa modificou o mundo, com influxo direto sobre o Direito das obrigações. Era o triunfo do individualismo, com os princípios da supremacia da vontade, da regra *pacta sunt servanda*. O que está estabelecido pela vontade das partes é imodificável. No Código Francês, porém, por influência direta de Napoleão,

permaneceu a possibilidade de rescisão do negócio por lesão, então definida como vício de consentimento, a favor do vendedor do imóvel, se o preço fosse inferior a 7/12. Reconhecia-se o interesse social na preservação da propriedade imobiliária.

A restrição à lesão logo se fez sentir também no Brasil. O Código Comercial de 1850 proibiu a invocação da lesão para rescindir contratos entre comerciantes. O Código Civil de 1917 não repetiu a regra que estava na Consolidação de Teixeira de Freitas. Só mais tarde, o Decreto nº 22.626, em 1933 (Lei da Usura), proibiu a cobrança de juros além do dobro da taxa legal (6%):

“Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal:

[...]

Art. 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que havia pago a mais”.

A Lei nº 1.521, de 1950 (Lei da Economia Popular), no seu artigo 4º, letra *b*, definiu a *usura real*:

“[...] obter ou estipular em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência, leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo”.

A conseqüência é a nulidade:

“Art. 4º,

[...]

§ 3º. A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais, a contar da data do pagamento indevido”.

A usura real se define também como *lesão qualificada*, que contém, como elemento objetivo, a desproporção (20%), e, como elemento subjetivo, a exploração da necessidade, leviandade, inexperiência da outra parte. E a mesma lesão qualificada do Direito alemão. A matéria está tratada no projeto do Código Civil:

“Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência [subjetivo], se obriga à prestação manifestamente desproporcional [objetivo] do valor da prestação oposta”.

Não tínhamos, portando, nosso moderno Direito legislado, nenhuma norma explícita sobre a lesão pura, a lesão fundada apenas no dato objetivo, que estava no decreto de Diocleciano, passou pelo Direito português e se consolidou com Teixeira de Freitas.

Pois coube ao novo Código do Consumidor resgatar a omissão, dispondo expressamente sobre a lesão enorme no artigo 39, inciso V, tornando defeso ao fornecedor “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Ainda, de forma mais clara, incluiu entre as cláusulas abusivas: “as que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada” (artigo 51, IV, 2ª hipótese). Isso quer dizer que a simples quebra da equivalência é suficiente para extinção do contrato. Quero acentuar, com ênfase, o mérito do Código de haver resgatado para nosso Direito Civil o instituto da lesão, o que vem atender a um princípio de justiça, destinado a influenciar beneficemente todo o sistema. Para a caracterização da lesão, doutrina e legislação de outros países têm usado expressões tais como “desproporção manifesta” (Alemanha) e

“desproporção chocante” (Argentina). O CDC, em seu artigo 51, § 1º, fornece critérios: há vantagem exagerada quando a cláusula ameaça o equilíbrio contratual ou impõe onerosidade excessiva. Mas, para bem compreender a consistência dessa verdadeira perda de justiça, vale lembrar a lição de Aristóteles. Disse ele: “O justo é o exato meio entre certa perda e certo proveito. No contrato, o justo consiste em que cada um tenha sua parte igual depois como antes”. Observa-se ainda que o CDC incluiu a cláusula geral da lesão enorme como uma das hipóteses da lista negra. A rigor, a cláusula geral deveria ser objeto de uma norma autônoma, não prevista como um dos casos da lista, a qual se destina a especificar as situações onde se faz presente o abuso.

Isso, porém, nada altera, nem dificulta o reconhecimento de que o disposto no artigo 51, IV, 2º, consiste em uma cláusula geral.

1.3. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Mas não foi só recuperando o princípio da lesão enorme que o CDC avançou. Também, e de forma ainda mais significativa, quando trouxe para o ordenamento legislado o princípio da boa-fé. Não falo da boa-fé subjetiva, que é uma qualidade do sujeito e decorre de seu estado de consciência frente aos fatos e ao Direito, que lhe permite a crença de estar agindo conforme as prescrições legais, e que tem efeitos múltiplos em todos os ramos do Direito (posse de boa-fé; casamento nulo, estando o cônjuge de boa-fé; o adquirente de boa-fé, etc.). Refiro-me à boa-fé objetiva, que é um princípio geral do Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade. O princípio gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença. Além de criar deveres, impõe limites ao exercício dos direitos, a

impedir seu uso de modo contrário à recíproca lealdade. É o que explica a teoria dos atos próprios (a ninguém é dado retornar sobre os próprios passos, depois de criar, com sua conduta inequívoca anterior, expectativa segura quanto ao futuro, quebrando princípios de lealdade e de confiança). Explica também a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá significar a extinção desse direito), a *surrectio* (a prática reiterada de certos atos pode gerar no beneficiário a expectativa de sua continuidade), a *tu quoque* (quem infringiu a norma não pode recriminar no outro a mesma conduta).

Em outras palavras, os códigos há muito se ocupam da boa-fé objetiva, sendo de registrar a intensa aplicação jurisprudencial dada ao § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Mas também na Itália, em Portugal, na França. Nosso projeto de Código Civil, no seu artigo 422, dispõe:

“Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O CDC tem dois enunciados sobre a boa-fé objetiva:

“Art. 4º,

[...]

III - os interesses dos participantes na relação de consumo devem ser harmonizados sempre com base na boa-fé;

Art. 51,

[...]

IV - São nulas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé”.

A primeira é uma regra geral destinada ao administrador, ao legislador e ao juiz, no gerenciamento, na ordenação e na interpretação das relações de consumo. A segunda se dirige especificamente às relações interpartes, atuando com uma cláusula geral do Direito, utilizável sempre que, afora os casos especialmente enumerados na lei, a lealdade e a probidade são determinantes de deveres secundários (acessórios ou anexos) ou impedientes do exercício do direito contrariamente à boa-fé.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda antes da lei e independentemente de qualquer outro sustento legal, já aplicava amplamente o princípio da boa-fé objetiva, entendendo-o decorrente do sistema. Era preciso, porém, a cada vez, explicitar fundamentadamente a invocação de princípio jurídico não legislado. Agora, com a nova lei, já existe o suporte legal para solver os litígios entre os partícipes da relação de consumo e, numa aplicação mais extensa, é possível encontrar nessa regra legislada o apoio para utilizar analogicamente a boa-fé como princípio reitor de todas as relações contratuais.

Para o emprego da cláusula da boa-fé, no nível esperado, é preciso vencer séria resistência oposta pela nossa formação jurídica, afeita à idéia de que o sistema jurídico é fechado, suficiente em si, cabendo ao aplicador da lei não mais do que o trabalho de verificação da incidência da lei sobre os fatos. Esta postura é insuficiente e imprópria para a utilização da cláusula geral, que exige do operador do Direito trabalhar onde inexiste a norma específica determinante da conduta devida, impondo-lhe o dever de passar preliminarmente pela fase de criação da própria norma de dever, ajustada ao caso e de acordo com os princípios e valores que o sistema acolhe e preserva. Só num segundo momento, após definido qual o dever prescrito para as circunstâncias do caso e qual a conduta esperada dos participantes, é que o juiz deverá preocupar-se com o exame da adequação da conduta com a norma assim particularizada. Por

exemplo, na hipótese de litígio sobre os deveres anexos que incumbiam ao vendedor, a serem observados após a execução do contrato (não utilizar dos mesmos modelos para vender ao concorrente, não abrir negócio do mesmo ramo, manter o sigilo das fórmulas industriais, etc.), cumprirá ao juiz fixar, previamente qual a norma de dever que, nas circunstâncias daquele contrato, em atenção ao princípio geral da boa-fé, cabia ao contratante observar; após, confrontar essa norma com o efetivo comportamento do vendedor, para, finalmente, decidir sobre a licitude da sua conduta.

A inclusão destas cláusulas gerais em nosso ordenamento civil legislado criou, como consequência, uma regra de Direito Judicial, reguladora da atividade do juiz, que passa a ter o dever de atuar com a cláusula geral assim como acima explicitado, de modo a torná-la operativa e realmente útil. Do contrário, correremos o risco de transformar tais cláusulas em letra morta, como aconteceu ao artigo 131, inciso I, do Código Comercial, que desde 1850 está no nosso Direito Comercial e até hoje não foi devidamente utilizado.

Em resumo: são cláusulas abusivas as que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva', funcionando estes dois princípios como cláusulas gerais do Direito, a atingir situações não reguladas expressamente na lei ou no contrato. Norma de Direito Judicial impõe aos juízes torná-las operativas, fixando a cada caso a regra de conduta devida.

1.4. AS LISTAS

Além da utilização de cláusulas gerais para a determinação do conceito de abusividade, o Código também emprega a *lista*, através da qual poderá tipificar as situações mais ocorrentes, ou mais graves, oferecendo uma enumeração exemplificativa, não taxativa.

Na sistemática do CDC, deve-se inicialmente repelir a idéia restritiva de que as regras dos artigos 51 e 52, que dispõem sobre as cláusulas abusivas, aplicam-se unicamente aos contratos de adesão.

De nenhum modo, em nenhuma passagem, a lei indica que está protegendo o consumidor apenas quando participante de um contrato com cláusulas gerais de negócio. Isso significaria limitar ao extremo o âmbito de incidência da nova lei, que existe para regular a relação de consumo em geral, não somente quando utilizado o contrato de adesão, apesar de ser este tipo de contrato massificado o que mais seguidamente é empregado. Sempre que a cláusula, ainda que negociada, significar desvantagem exagerada para o consumidor, presente estará o abuso. Quer me parecer que o efeito do novo Código - talvez o mais benéfico - foi exatamente o de oxigenar o nosso Direito das Obrigações, e assim permitir a aplicação dos seus princípios a todos os contratos, não só aos derivados da relação de consumo e, menos ainda, apenas aos contratos de adesão.

A recente proposta de Diretiva do Conselho da Comunidade Européia (1992) concernente às cláusulas abusivas nos contratos concluídos com consumidores, definiu-as tanto para os contratos de adesão como para os contratos negociados e apresentou uma lista não exaustiva de cláusulas consideradas abusivas, quando não tenham sido objeto de uma negociação individual; além disso, indicou algumas que, de qualquer modo, sempre serão consideradas abusivas.

A Diretiva finalmente aprovada, de nº 93/13, de 5 de abril de 1993, deixou de se referir expressamente aos contratos negociados. É de se lamentar a redução da incidência da Diretiva, o que está mais uma vez a evidenciar que a principal preocupação da Comunidade é a de regular a concorrência, fixando os limite de atuação das empresas nos contratos

massificados, e não propriamente a de fazer a defesa do consumidor, dando prevalência ao aspecto econômico da relação.

Penso que, no nosso sistema, podemos considerar a relação do artigo 51 como sendo uma lista negra para os contratos de adesão, cuja invalidade será reconhecida sempre que presentes os pressupostos legais, mas funcionando o mesmo elenco como lista cinza para os contratos negociados, em relação aos quais haverá sempre a necessidade de exame de eventual compensação, determinada pelas demais cláusulas ou mesmo pelo complexo das relações contratuais mantidas pelos contratantes. Serão sempre nulas, porém, as cláusulas, ainda que consignadas em contrato negociado, que deixam ao arbítrio do fornecedor a conclusão do negócio, o cancelamento unilateral do contrato, a modificação unilateral do seu conteúdo ou qualidade, e a variação do preço, uma vez que estas já são consideradas causa de nulidade pelo Código Civil (artigos 115 e 1.125). Também as que violarem as leis ambientais.

Inaceitável a distinção entre cláusulas ilícitas e cláusulas abusivas, no sentido de que ilícita seria tão-somente a cláusula contra a lei, e abusiva a que resultaria do exercício de um direito, apenas que de forma desviada e contrária à função do próprio Direito, com vantagem indevida para um dos contratantes. Ao relacionar exemplificativamente as cláusulas abusivas, o legislador incluiu no artigo 51 situações de flagrante contradição com a lei (por exemplo, inciso XIV: cláusulas com violação de normas ambientais; inciso XV: cláusulas em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor). No mesmo plano, definidas também como cláusulas abusivas, estão as que estabelecem situações de desigualdade e iniquidade, com perda de justiça. Portanto, melhor dizer, com Almeida Costa, que as cláusulas abusivas são também cláusulas ilícitas, porque contrárias ao Direito, compreendendo-se o Direito não apenas como um

conjunto de leis, mas um sistema também integrado por princípios gerais de moralidade e de interesse público.

1.5. O CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O controle das cláusulas abusivas pode ser examinado sob diversos ângulos. Iniciemos com os controles interno e externo.

Controle interno é o exercido pelo próprio contratante, para o que a lei destina diversos preceitos, habilitando-o a cuidar de si:

1. Atribui ao fornecedor o dever de informar (artigo 6º, III - é direito básico do consumidor informação adequada e clara; artigo 8º - é obrigação do fornecedor prestar informações quanto ao risco à saúde e segurança dos consumidores; artigo 31 - a oferta deve conter informações corretas).

2. Proíbe a publicidade enganosa ou abusiva (artigo 37).

3. Exige a apresentação de orçamento prévio (artigo 40).

4. Condiciona a validade dos contratos ao prévio conhecimento do seu conteúdo (artigo 46).

5. Impõe regras de redação clara, legível e compreensível das cláusulas contratuais (artigo 54, § 2º, artigo 46).

6. Permite ao comprador desistir do contrato, no prazo de sete dias, na contratação fora do estabelecimento comercial (artigo 48).

7. Exige que a redução do prazo do artigo 18, § 1º, dependa de convenção em separado, com manifestação expressa do consumidor (artigo 18, § 2º).

O controle externo pode ser feito antes ou depois da celebração do contrato, por via administrativa ou judicial.

O controle antecipado é normalmente exercido na via administrativa, principalmente em se tratando de contratos de adesão, quando entidades públicas ou privadas examinam previamente as condições gerais de negócio predispostas pelos fornecedores estipulantes, aprovando-as ou não. Nossa lei refere-se ligeiramente a tais situações no artigo 54, *caput*, e nos artigos 55 e seguintes, que tratam das sanções administrativas, mas não regula especificamente o modo pelo qual deve ser feito o controle administrativo das cláusulas contratuais, perdendo com isso uma grande oportunidade de garantir a eficácia de seus preceitos e a realização de seus fins últimos. O artigo do projeto dando essa atribuição ao Ministério Público foi vetado. Menos ainda cogita a lei de um controle prévio de natureza judicial, como acontece no Estado de Israel, onde um tribunal tem competência para examinar previamente as condições gerais de negócio submetidas à sua decisão, que é vinculativa.

Parece evidente que não se deve deixar de lançar mão do controle prévio administrativo, porque acontece ainda antes do surgimento da lesão, evitando que o interessado seja obrigado à disputa judicial, cujos percalços são conhecidos. É preciso, porém, que essa atividade seja exercida por órgãos realmente isentos e preocupados unicamente com a realização do interesse público, situação nem sempre ocorrente no Brasil, onde os incumbidos de atividade fiscalizadora nas áreas mais sensíveis parecem, às vezes, mais preocupados em preservar os interesses dos grandes grupos privados, de onde seus quadros são recrutados, do que zelar pela economia pública. Nessas condições, é melhor que não exista a prévia fiscalização administrativa.

O controle posterior, ensejando ação repressiva, pode ser da autoridade administrativa, com aplicação das sanções elencadas no artigo 56, que vão desde a multa até a revogação da concessão, cassação da licença ou interdição do estabelecimento. Não se destinam, porém, ao

controle das cláusulas contratuais, mas a outras fases da relação de consumo.

O controle repressivo por autoridade judiciária, em casos concretos, é o único que subsiste. Tem a desvantagem de exigir a iniciativa do lesado, ou das pessoas e entidades legitimadas ao exercício da defesa coletiva, está sujeita à demora característica do processo e, de um modo geral, não impede a repetição dos mesmos abusos que a lei veda, podendo ser mais conveniente à empresa manter seu comportamento ilícito e enfrentar o litígio, com perda insignificante, relativamente à totalidade de seus negócios, do que modificar seu procedimento.

Centralizado o controle das cláusulas abusivas na tutela judicial, procurou o legislador criar condições especialmente favoráveis ao consumidor:

a) instituiu a inversão do ônus da prova, quando verossímeis as alegações do consumidor, ou sendo ele hipossuficiente;

b) incentivou a instalação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e de varas especializadas, para o processo e julgamento desses conflitos;

c) garantiu assistência judiciária gratuita ao consumidor carente;

d) permitiu a desconsideração da pessoa jurídica, com o afastamento da regra da separação dos patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios, para alcançar a efetiva reparação do dano causado ao consumidor;

e) autorizou a defesa coletiva, nos casos de interesses difusos, interesses coletivos e direitos individuais homogêneos, legitimando concorrentemente entidades e órgãos públicos;

f) estendeu os efeitos da coisa julgada.

1.6. A INVALIDIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O artigo 51 reza:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que

[...]”.

Cumpre, então, procurar estabelecer o significado desta nulidade de pleno direito.

Nosso antigo Direito conheceu a nulidade de pleno direito como sendo aquela que a lei formalmente pronunciava em razão de manifesta preterição de solenidades, visível pelo próprio instrumento, ou por prova literal, ou que, apesar de não expressa na lei, se subentendia substancial à solenidade do ato, como o instrumento feito por oficial incompetente, sem testemunhas ou sem leitura às partes (Regulamento 737, de 1850, artigo 684). A nulidade de pleno direito acarretava a invalidade do contrato e a sua ineficácia, sendo reconhecível independentemente de prova de prejuízo, através de ação ou de defesa. Essa nulidade poderia ser absoluta, se alegável por qualquer interessado, ou relativa, se apenas pelas pessoas em favor de quem foram estabelecidas as solenidades preteridas. A nulidade de pleno direito e absoluta era decretável de ofício e irratificável. A nulidade de pleno direito e relativa poderia ser suscitada apenas pelos beneficiários e somente não seria decretada se provada a manifesta utilidade para a pessoa a quem

ela respeitava (artigo 687, § 2º, última parte). Mas, por ser relativa, era ratificável.

Além de ser de pleno direito, a nulidade poderia ser dependente de rescisão quando, no contrato válido em aparência, houvesse preterição de solenidade intrínseca (contratos celebrados com dolo, simulação, fraude, violência, erro (artigos 129, § 4º, 220, 678 e 777, § 3º, do Código Comercial). Os contratos onde ocorresse a nulidade dependente de rescisão consideravam-se anuláveis, e, portanto, eficazes enquanto não anulados, o que poderia ser obtido através de ação proposta pelos contratantes (excepcionalmente, alegável em defesa, mas não para anular o contrato e sim tão-somente para afastar o objeto do litígio). A nulidade dependente de rescisão, porque alegável apenas por certas pessoas (os contratantes prejudicados, na forma do artigo 686, § 5º; ou os beneficiários da solenidade, conforme o artigo 687), era sempre relativa, não poderia ser decretada de ofício e era ratificável.

Este sistema foi acerbadamente criticado por Lacerda de Almeida e Clóvis Beviláqua, antes de tudo porque não levava em consideração a espécie de lei violada, pois nem todos os atos que a lei fulmina de nulidade são nulos de pleno direito. Ademais, os contratos anuláveis não são os que “posto válidos na aparência, contêm preterição a solenidades intrínsecas”, porquanto os fraudulentos são perfeitos na forma e no fundo, mas inválidos por causa externa, qual seja a ofensa à moral e à equidade.

De qualquer modo, não se pode deixar de reconhecer e elogiar que o legislador do Regulamento 737 percebeu a diferença entre o vício que está no contrato e a consequência jurídica que decorre da existência daquele vício. Pôs de um lado os vícios e sua classificação (extrínsecos e intrínsecos) e, de outro, os efeitos desses vícios (nulidade absoluta,

alegável por todos os interessados; nulidade relativa, alegável por alguns).

O Código Civil distinguiu as invalidades em nulidades e anulabilidade. A nulidade é decretável de ofício, independe de ação (a nulidade do casamento depende de ação - artigo 222 do Código Civil) e de prejuízo; o contrato nulo é ineficaz e irratificável (artigo 145 do Código Civil). A anulabilidade só pode ser alegada pelo beneficiário, através de ação; não cabe decretação de ofício; o ato é eficaz até sua anulação e ratificável (artigo 147). A nulidade corresponderia, em linha geral, à nulidade de pleno direito e absoluta, do Regulamento 737, e a anulabilidade à nulidade dependente de rescisão, e à relativa. Com isso, criou uma dificuldade para a classificação daquelas situações onde, havendo o vício, por ofensa à lei de ordem pública, protetiva de certos beneficiários, e evidenciado por prova literal (o que caracterizaria uma hipótese de nulidade), mas que, apesar disso, pode ter resultado útil ao beneficiário e, dessarte, não invalidante do ato. O Regulamento 737 dera solução para esse caso ao criar a classe das nulidades de pleno direito e relativas.

Ao lado do sistema instituído no Código Civil, há diversas leis que cominam a sanção de nulidade a defeitos encontrados nos atos da vida civil. Nessa legislação esparsa, vale referir, para o que nos interessa, as leis que nominam de nulidade de pleno direito a sanção a certos vícios, normalmente para dar ênfase ao caráter de ordem pública da norma violada:

1. Decreto nº 22.626, de 07.04.1933, que dispõe sobre juros nos contratos.

“Art. 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais”.

2. Decreto nº 24.150, de 20.04.1934, antiga Lei de Luvas.

“Art. 29. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação [...]”.

3. Lei nº 1.521, de 26.12.1951, sobre Economia Popular.

“Art. 4º [...]”

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o Juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais da data do pagamento indevido”.

4. Decreto-Lei nº 70, de 21.11.1966, sobre a célula hipotecária. “Art. 36 [...]”

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraíam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões do imóvel hipotecado [...]”.

5. Decreto-Lei nº 857, de 11.09.1969, que dispõe sobre a moeda.

“Art. 1º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem o pagamento em ouro, em moeda estrangeira ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”.

6. Lei nº 5.709, de 7.10.1971, sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro.

“Art. 15. A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta lei, é nula de pleno direito”.

7. Lei nº 6.766, de 19.12.1979, sobre o parcelamento do solo urbano.

“Art. 39. Será nula de pleno direito a cláusula de rescisão por inadimplemento do adquirente, quando o loteamento não estiver regularmente inscrito”.

8. Lei nº 8.245, de 18.10.1991, sobre locação de imóveis urbanos. “Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei [...]”.

O Código Civil, no artigo 145, inciso V, traz para dentro do seu sistema todas as hipóteses de nulidade previstas em lei, ao estatuir:

“É nulo o ato jurídico [...] quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito”.

Com isso, as disposições que cominam a sanção de nulidade, reunidas no microsistema do Código do Consumidor, se inserem dentro do instituto geral das nulidades, assim como estruturado no Código Civil, com as peculiaridades que são próprias às relações de consumo. Não há razão para criar um novo sistema sobre nulidades cada vez que o legislador se defrontar com a necessidade de regulamentar um segmento das relações sociais.

Portanto, a “nulidade de pleno direito” a que se refere o artigo 51 do CDC é a “nulidade” do nosso Código Civil. Como tal, pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer

interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação de preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social (artigo 1º).

O CDC, porém, enumera situações absolutamente diversas, seja quanto à natureza dos vícios encontráveis nos contratos de consumo, seja quanto às sanções a eles aplicáveis.

Vejam os:

a) algumas vezes, o vício pode decorrer de preterição de “solenidade visível do mesmo instrumento”, na linguagem que o Regulamento 737 reservava para definir as nulidades de pleno direito, por vício extrínseco (artigo 684, § 1º), como acontece com as cláusulas limitativas de direito do consumidor não redigidas com destaque, de modo a permitir sua imediata e fácil compreensão (artigo 54, § 4º);

b) em outras, o vício pode ser “visível pela prova literal”, manifestando-se no próprio instrumento do contrato, como a cláusula que transfere responsabilidade a terceiro (artigo 51, inciso III) ou que determina a utilização compulsória de arbitragem (artigo 51, inciso VII);

c) em certos casos, o defeito intrínseco e seus reconhecimentos dependerão do confronto de provas e do exame das circunstâncias da celebração ou da execução do contrato, como acontece em se tratando de obrigações iníquas, que colocam o consumidor em desvantagem (lesão enorme), ou que sejam incompatíveis com a boa-fé (artigo 51, inciso IV), ou com o sistema de defesa do consumidor (inciso XV);

d) há incisos do artigo 51 apenas explicitando ou repetindo hipóteses de nulidade já contempladas no Código Civil, como as que deixam ao arbítrio do fornecedor decidir sobre a conclusão do seu

conteúdo ou fixação do preço (artigo 51, incisos IX, X, XI e XIII; artigos 115 e 1.125 do Código Civil);

e) também há regra que não protege diretamente o consumidor, mas sim o meio ambiente (artigo 51, inciso XIV).

No caso da letra *e*, a nulidade há de ser reconhecida independentemente do exame do interesse das partes privadas envolvidas na relação negocia!, pois se trata de regra de ordem pública, heterotópica, para a proteção do meio ambiente.

Nas situações da letra *d*, a decretação da nulidade prescindirá de qualquer consideração sobre o interesse do consumidor, que até eventualmente poderá ser o favorecido (por exemplo: se contemplado com a cláusula de fixar o preço, envolvido na luta pela conquista do mercado por fornecedor inescrupuloso, que assume prejuízos calculados). Tais cláusulas desatendem à exigência de moralidade que deve presidir as relações de tráfico, atritando-se com princípios básicos da ordem jurídica, garantidores dos mais valiosos interesses da coletividade, no dizer de Clóvis Bevilacqua.

Nos casos *a* e *b* encontramos enumerados supostos de nulidade previstos a benefício do consumidor. Sendo norma-objetivo do Código (retorno à terminologia de Eros Grau) a proteção dos interesses econômicos do consumidor (artigo 4º), é ele o beneficiário da norma que sanciona com a invalidade aqueles defeitos extrínsecos, pelo que a decretação de nulidade não se dará quando demonstrada a utilidade que lhe resultou do contrato. Voltamos, assim, à idéia de nulidade de pleno direito e relativa, do Regulamento 737. É o que pode acontecer com a cláusula redigida sem o devido destaque e clareza, transferindo responsabilidade, mas cujo conteúdo é efetivamente mais favorável ao

consumidor, se este terceiro a quem é apontada a responsabilidade a assumiu e oferece real garantia, sendo o fornecedor insolvente.

De todas, porém, a peculiaridade mais significativa da “nulidade de pleno direito” do Código do Consumidor está na hipótese da alínea c, que reúne os casos de cláusulas violadoras do princípio de equivalência e que, por isso mesmo, admitem correção, através da intervenção do juiz e, acredito, também pela espontânea iniciativa extrajudicial do fornecedor, que poderá propor a modificação ou o ajuste da cláusula viciada aos termos da lei. Transparece do Código sua preocupação em manter o contrato (artigo 51, § 2º): “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes”), no que atende ao interesse econômico de não inviabilizar ou dificultar exageradamente as relações de consumo. Além disso, como já foi dito, o eixo do sistema de proteção ao consumidor está no propósito de manter a real equivalência entre as prestações, equilibrando a posição das partes de modo a garantir ao consumidor o restabelecimento da igualdade contratual. A lista do artigo 51 concretiza essa orientação ao enumerar as situações onde existe ou pode existir a quebra da equivalência. Portanto, restabelecida a posição adequada às exigências da equidade e da boa-fé, não há razão para o reconhecimento da nulidade porque o vício já desapareceu. Essa correção pode se dar em todos os casos dependentes de verificação judicial, em que o vício deve ser demonstrado a cada caso, como acontece com “as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (artigo 51, inciso IV), ou com as cláusulas “que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (artigo 51, inciso XV).

Nestas situações, a intervenção corretiva do juiz está autorizada no artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, e constitui uma possibilidade de sanção do vício. Isso não deixa de ser estranho, mas a doutrina já admitia a possibilidade de “sanação do nulo, cabível em casos excepcionais (por exemplo, artigo 208, 2ª parte, do Código Civil), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, se percam negócios úteis econômica ou socialmente”, como preleciona o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, em lição que se ajusta ao nosso tema.

Em resumo, creio que o artigo 51 não instituiu um novo sistema de nulidades, diferente do regulado no Código Civil, apenas exagerou na terminologia ao referir-se à nulidade de pleno direito, pois tratou de nulidades, *tout court*. Não foi o primeiro, porém, como já vimos na enumeração de tantos outros diplomas legais que insistem nessa adjetivação. O elenco retrata uma diversidade de situações, cada uma delas merecedora de tratamento específico. As nulidades instituídas a favor do consumidor não serão decretadas se provada a utilidade da cláusula para o beneficiário.

Consideram-se sanados os defeitos que admitem intervenção judicial corretiva, para modificar as cláusulas abusivas e expungir o vício, ajustando o contrato aos princípios informadores do sistema.

1.7. AÇÕES CABÍVEIS. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Como as cláusulas abusivas estão no contrato e constituem um fenômeno da gênese contratual, aparecendo quando da celebração da

avença, apenas nos interessam as ações que tenham por pressuposto esse fato.

Assim, temos, na nomenclatura da lei:

a) ação de modificação do contrato (ação de revisão judicial) para restabelecer o equilíbrio entre as prestações, mediante a eliminação da cláusula abusiva ou modificações de seu enunciado, mas sempre mantendo o contrato (artigo 51, VI e § 1º; artigo 6º, inciso V, primeira parte; artigo 51, § 2º, primeira parte, artigo 51, § 4º);

b) ação de rescisão do contrato, fundada na lesão enorme, para a decretação da extinção do contrato, quando impossível sua modificação (artigo 51, § 2º e 4º; artigo 39, inciso IV);

c) ação de indenização, que pode ser cumulada com as outras, para obter a reparação do dano sofrido com a cláusula proibida;

d) ação de arrependimento, para fazer valer o direito de desistência assegurado no artigo 49;

e) ação constitutiva negativa de nulidade, fundada nos casos do artigo 51, que pode atingir a cláusula ou o próprio contrato (artigo 51, § 2º).

A regra do artigo 27 foi criada para os casos dos direitos formados, como é o direito de crédito à indenização pelo dano sofrido, sendo portanto caso de prescrição (cinco anos) onde há encobrimento da pretensão.

A regra do artigo 26 se destina a regular direitos formativos de reclamar contra vícios aparentes ou ocultos. Cuida-se, ali, pois, de casos de decadência, onde ocorre a extinção do próprio direito formativo. Os prazos de decadência são curtos, de trinta e noventa dias.

A contagem do prazo de decadência deve ser feita em consonância com o disposto no artigo 18, que dá ao fornecedor o prazo de 30 dias para sanar o vício, isto é, o prazo de decadência, no caso de o consumidor ter feito a reclamação ao fornecedor, somente se conta a partir do término daquele período de trinta dias.

Estas normas, contudo, referem-se apenas às situações de consumo onde há vício do produto (artigo 26) ou dano causado por fato do produto ou do serviço (artigo 27). Nenhuma delas se aplica às ações para controle e repressão das cláusulas abusivas, às quais se aplica a legislação comum. O exercício dos direitos formativos de rescindir, nulificar ou modificar contratos está sujeito à decadência, para o que nem a lei especial, nem o Código Civil prevêem qualquer prazo. Nessa contingência, o direito formativo desaparece com a prescrição da pretensão a uma indenização por parte do lesado. Isto é, as ações se inviabilizam no prazo de vinte anos, se antes disso o titular não praticou ato que justifique a invocação da *supressio*.

Por fim, uma notícia sobre os Juizados Especiais e de Pequenas Causas. Do seu funcionamento depende a real eficácia da proteção ao consumidor, pois somente ele oferece o acesso à Justiça em condições favoráveis ao consumidor: procedimento desburocratizado, rápido e gratuito.

No Rio Grande do Sul funcionam atualmente mais de sessenta juizados, sendo quatro na Capital e cinco postos em bairros e municípios onde não existem judiciários instalados. Em 1992, foram ajuizadas aproximadamente 50.000 causas, o que equivale a mais de 15% do ingresso total. Com a ampliação da competência e extensão gradual dos juizados a todas as comarcas e municípios (onde não houver serviços judiciários instalados, funcionarão juizados de conciliação, sob a

presidência do Juiz de Paz), a tendência é de que tais juizados absorverão 40% do movimento total do foro.

O Juizado é a via normal para a tutela do consumidor. Em trabalho de pesquisa acadêmica, realizado em 1991 pela bacharela Betina Meinhardt, da Faculdade de Direito da UFRGS, com apoio da FAPERGS, para coleta de informações sobre o funcionamento dos juizados na Capital do Estado, constatou-se que 46% das demandas envolveram relações de consumo, restando 29% para cobranças, 11% para questões de trânsito, e os demais para causas diversas, de menor incidência.