

# Das Cláusulas Abusivas e o Código Civil

**CLÁUDIA LIMA MARQUES**

*Professora da Universidade do Rio Grande do Sul*

A boa-fé (**Treu und Glauben**)<sup>1</sup> deve estar presente em todas as relações contratuais, de consumo, civis e entre empresários. Nesta Escola Superior da Magistratura, gostaria de lembrar que o tema da boa-fé tem íntima relação com a sua construção pela Jurisprudência (**Richterrecht**).<sup>2</sup> Assim, antes de que o princípio da boa-fé incida ainda com mais força no Brasil, através do novo Código Civil, gostaria de tecer algumas observações sobre a boa-fé no Código de Defesa do consumidor, tendo como base a pesquisa jurisprudencial que realizamos no TJ/RS sobre o uso do princípio da boa-fé de 1991 a 2001.<sup>3</sup>

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) está em vigor a mais de 10 anos no Brasil, com seus princípios de boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais de consumo e pode servir de manancial de jurisprudência, inclusive para a aplicação do novo Código Civil, Lei 10.406/2002 (a seguir CC/2002).

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 14.06.2002.

<sup>1</sup> A autora agradece o gentil convite do Desembargador Sergio Cavaliere e as interessantes reflexões do debate, realizado em tão boa hora na EMERJ. A forma oral foi preservada, com adição de textos e notas.

<sup>2</sup> Veja, por todos, TEPEDINO, Gustavo (Coord.), **Direito Civil-Constitucional**, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 11 e 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

<sup>3</sup> Veja decisão do TJRS, APC 70000037408, j. 18.10.2000, Des. Paulo Augusto Monte Lopes, 16ª Câm. Cível.: “Em qualquer negócio, seja qual for a natureza, seja qual for o regime jurídico aplicável, o direito protege a boa-fé. Proteger a boa-fé significa preservar os contratantes de artimanhas e subterfúgios. Como o contrato é lei entre as partes, e uma delas pode – por sua vulnerabilidade ou hipossuficiência diante da outra – ter assinado o instrumento sem compreender por completo tudo o que nele se dispôs ou mesmo por vício, o direito ampara os interesses desse contratante fazendo prevalecer sobre a literalidade do contrato os reais objetivos pretendidos na contratação.” (p. 4 do original)

A pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo foco da análise foi a utilização do princípio da boa-fé, levantou as decisões de março de 1991, quando o Código entrou em vigor, até agosto de 2001, analisando estes mais de dez anos do Código de Defesa do Consumidor na prática. O resultado da pesquisa foi o seguinte: encontramos 2.779 decisões, que utilizam o princípio da boa-fé. O mais interessante foi a evolução dessa aplicação ‘massificada’ do princípio da boa-fé. Em 1991, apenas cinco decisões usavam o referido princípio, sendo que dessas cinco, duas delas utilizavam-no ainda numa visão subjetiva: a má-fé ou a boa-fé do indivíduo naquele contrato específico ou naquela relação da vida.<sup>4</sup>

Já em 2001, pelo menos até agosto, encontramos 72 decisões usando o princípio da boa-fé, sendo que 55 das 72 citavam expressamente os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando que o juiz brasileiro tem muito mais facilidade quando a lei expressamente prevê a possibilidade de uma decisão aberta, através de uma cláusula geral. As cláusulas gerais do CDC permitem que o magistrado utilize a boa-fé ou mesmo, excepcionalmente, a equidade, a revisão dos contratos por onerosidade excessiva, figuras agora presentes no CC/2002.

Em outras palavras, não se diga que o magistrado brasileiro tende ao exagero ou a não aplicação das cláusulas gerais. Quando a norma e seu mandato de concretização da justiça contratual são claros, o juiz brasileiro realmente atende a essa idéia e a apli-

---

<sup>4</sup> Veja detalhes sobre esta pesquisa em meu livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª ed., RT, São Paulo, 2002, p. 175 e seg.

ca. Em nosso levantamento, 55 decisões expressamente se baseavam nas normas do Código de Defesa do Consumidor, e em seus princípios. Dentre os princípios mais citados nestes 55 casos estão: o princípio da função social do contrato (16 casos), o princípio da equidade contratual (16 casos). O mais interessante é que desses cinquenta e cinco casos que citam o Código de Defesa do Consumidor, em trinta e sete, a decisão foi a favor dos consumidores, mas em 17 casos o consumidor não obteve ganho de causa, a demonstrar que o princípio da boa-fé, ou a valoração através do princípio da boa-fé não significa um ganho de causa para o consumidor em cem por cento dos casos. O importante aqui é a procura da justiça no caso concreto (**Vetragsgerechtigkeit**). A concretização da boa-fé é, pois, um instrumento válido e útil para a procura da Justiça no caso concreto ou **aequitas**.

Como ensina o Prof. Paulo Neto Lobo, o princípio da boa-fé objetiva vem refuncionalizado no Direito do Consumidor, otimizado na sua dimensão de cláusula geral, e assim serve de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente para as condições gerais de consumo e os contratos de adesão, hoje também regulados, se puramente civis ou puramente empresariais no CC/2002, que unifica as regras sobre obrigações civis e comerciais.

Parece-me que essa experiência que tivemos de dez anos de Código de Defesa do Consumidor pode nos ajudar, agora, a imaginar essa revolução do contrato, essa sociabilização da teoria contratual tão mencionada. O uso do Código de Defesa do Consumidor como parâmetro, como oxigenação do Direito Civil foi muito comum, tendo sido até mesmo mencionado em decisões pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No REsp. nº 80036, de 25.03.96, ao explicar esta surpreendente ‘oxigenação’ (expressão do também magistrado Antônio Janyr Dall’Agnol), que o CDC pôde realizar no Direito Civil clássico, o Min. Ruy Rosado de Aguiar ensina: “O Código de Defesa

do Consumidor traça regras que prescindem a situação específica de consumo, além disso define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho, a lei do microsistema enunciar princípios gerais para o sistema como um todo, mas isto é o que está acontecendo no caso, por várias razões, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislativo normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o atual estado da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia de justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé.”<sup>5</sup>

Então, de um lado, temos a experiência de dez anos de aplicação do CDC e de sua cláusula geral de boa-fé e de outro lado, essa pergunta: o que muda no Direito civil em matéria de cláusulas abusivas, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mesmo frente ao próprio Código de Defesa do Consumidor?

Para bem responder esta pergunta gostaria de dividir minha exposição em duas partes, uma mais teórica analisando o ‘diálogo’ das fontes legislativas novas e velhas, isto é, os ‘diálogos’ possíveis entre o CDC e o CC/2002, para em uma segunda concentrar-me em um destes diálogos possíveis, o de influências recíprocas, onde a jurisprudência brasileira já desenvolvida sobre as funções da boa-fé objetiva, podem nos ajudar a entender como se dará este diálogo, artigo por artigo do CC/2002.

### **I – Os ‘diálogos’ possíveis entre o CDC e o CC/2002: a superação do ‘conflito’ pelo ‘diálogo’ entre fontes**

Segundo o § 2.º do art. 2.º da LICC, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ‘a par das já existentes’, como o CC/2002, ‘não revoga nem modifica a lei anterior’, no caso, o CDC. Segundo o § 1.º do art. 2.º da LICC, a lei posterior revogará a anterior quando: 1) expressamente o declare; 2) regule in-

<sup>5</sup> Assim, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in voto* no Resp. 80.036, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.03.1996.

teiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível.

Os dois primeiros casos não parecem ocorrer na prática; nem o CC/2002 revogou expressamente o CDC, nem tratou da relação de consumo ou incorporou normas sobre as ‘relações de consumo’, e entre as duas leis há uma divergência fundamental de campo de aplicação subjetiva. Uma é lei especial anterior e hierarquicamente superior outra, o CC/2002, é lei geral posterior, lei entre iguais. O CDC uma lei especial voltada para a equidade (**aequitas**), já o CC/2002 é uma lei voltada para a igualdade geral (**aequalitas**),<sup>6</sup> tanto que unifica as regras sobre obrigações civis e comerciais, mas não regula as relações de consumo (relações entre diferentes, um expert, o fornecedor e outro leigo ou vulnerável, o consumidor).

### **A) A idéia de ‘diálogo das fontes’ legislativas a superar a idéia de ‘conflito’ entre leis**

Em seu curso Geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, face ao atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.<sup>7</sup> Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente era a de conflitos de leis no tempo<sup>8</sup>, a significar que haveria uma ‘colisão’ ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por

<sup>6</sup> BERTHIAU, Denis, **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 3 e seg.

<sup>7</sup> JAYME, Erik, “*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*” - in: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995, II, p. 60 e p. 251 e seg.

<sup>8</sup> Preferível é a expressão neutra Direito intertemporal, já usada por FRANÇA, R. Limogi, **Direito Intertemporal Brasileiro**, 2. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 9 e seg.

exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e uma lei posterior, como o novo Código Civil Brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação).

Em outras palavras, nesta visão ‘perfeita’ ou ‘moderna’, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam assim apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia.<sup>9</sup> A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema),<sup>10</sup> do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (**cohérence dérivée ou restaurée**),<sup>11</sup> que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação,<sup>12</sup> procura uma eficiência não só hierárquica,<sup>13</sup> mas funcional<sup>14</sup> do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo,<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Veja BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, Ed. Pollis/Universidade de Brasília, S. Paulo, Brasília, 1990, P. 92 e BOBBIO, Norberto, “Des critères pour résoudre les antinomies”, in PERELMAN, CH. (Coord.), **Les antinomies en Droit**, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255.

<sup>10</sup> Veja SAUPHANOR, Nathalie, **L’Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique**, Paris, LGDJ, 2000, p. 23 a 32.

<sup>11</sup> Expressão de SAUPHANOR, p. 32.

<sup>12</sup> Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm, **Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito**, Gulbelkian, Lisboa, 1989, constroi sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 e seg. Sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

<sup>13</sup> Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna, **La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé**, LGDJ, Paris, 2001, p. 25 e 26.

<sup>14</sup> SAUPHANOR, p. 30.

<sup>15</sup> Veja sobre a necessidade de ‘coordinamento con altre disposizioni’ do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et alii, **La disciplina generale dei contratti**, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não-coerência’.<sup>16</sup>

Costumava-se afirmar, quanto ao tipo de conflitos de leis no tempo, que poderiam existir: ‘conflitos de princípios’ (diferentes princípios presentes em diferentes leis em conflito), ‘conflitos de normas’ (conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’, conforme o resultado da interpretação que o aplicador das leis retirasse), e ‘antinomias’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).<sup>17</sup>

Erik Jayme<sup>18</sup> alerta-nos que os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do **droit à la différence** (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superção* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*,<sup>19</sup> a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja Art. 2.043 do novo Código Civil), há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo.<sup>20</sup> Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído, seja agora plural...<sup>21</sup>

<sup>16</sup> SAUPHANOR, p. 31.

<sup>17</sup> Veja detalhes em meu livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, RT, São Paulo, 2002, p. 515 e seg.

<sup>18</sup> JAYME, **Recueil des Cours**, p. 60 e p. 251.

<sup>19</sup> GANNAGÉ, p. 17.

<sup>20</sup> Do grande mestre da USP, vem a expressão sistema hiper-complexo, veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in **Revista Direito do Consumidor**, v. 33 (2000), p. 124 e seg.

<sup>21</sup> Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-guy, “Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit”, in **Pour un Droit**

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes.<sup>22</sup> Uma coordenação flexível e útil (**effet utile**) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua **ratio**, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (**dialogue de sources**),<sup>23</sup> a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plurimas fontes legislativas convergentes.<sup>24</sup> ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mes-

---

**Pluriel-Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin**, Helbing & Lichtenhahn, Genbra, 2002, p. 135 e seg. O autor constata a pouca tolerância que temos para o plural e cita expressamente Perrin (“Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi: collaboration ou conflit internormatif?”, p. 42, nota 4 ), BELLEY, p. 136: *La théorie du droit doit assumer souvent la délicate mission d’exprimer en termes généraux ce qui se pratique déjà légitimement mais silencieusement. Le discours pluraliste n’est pas encore maîtrisé. Le dire fait plus peur que le faire.*“ No Brasil, veja Fachin, Luiz Edson, “Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo”, in **Diálogos sobre Direito Civil-Constuindo a Racionalidade Contemporânea**, Org.. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43.

<sup>22</sup> JAYME, **Recueil des Cours**, 251 (1995), p. 60.

<sup>23</sup> JAYME, **Recueil des Cours**, 251 (1995), p. 259: “*Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.*”

<sup>24</sup> Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “*En droit, l’absence de cohérence consiste dans la constatation d’une antinomie, définie comme l’existence d’une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet.*”

mo caso, seja complementarmente,<sup>25</sup> seja subsidiariamente,<sup>26</sup> seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos)<sup>27</sup> ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.<sup>28</sup> Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Aceitando a definição de sistema de direito, consolidada por Natalie Sauphanor, como ‘um todo estruturado

<sup>25</sup> Veja sobre a aplicação simultânea de várias leis, o CC, o CDC e inclusive as leis administrativas sobre o SFH, duas recentes decisões do STJ. Na bela decisão no Resp. 436.815-DF, Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002, a ementa ensina: “Processual. Civil...Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. empréstimo concedido por associação ao associado. Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário...” E a igualmente bela decisão do Resp. 387.581-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.05.2002, cuja ementa ensina: “Cartão de crédito. Prestação de contas. Mandato. A administradora deve prestar contas sobre o modo pelo qual exerce o mandato que lhe concedeu o usuário para obter financiamento no mercado a fim de financiar as vendas a prazo. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.”

<sup>26</sup> Veja aplicação simultânea e subsidiária do CDC, como lei geral, face à existência de lei especial sobre prêmios, na jurisprudência do STJ: “Publicidade. Concurso. Prêmio. Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor...O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora - que se beneficia com a publicidade - exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do Art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipótese em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor.” (STJ, Resp. 396.943-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, DJ 05.08.2002)

<sup>27</sup> Veja por exemplo o artigo 1 do Tratado de Olivos do Mercosul, o qual prevê a opção possível pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosur ou de outro *forum* internacional (como a OMC etc.) e a prevalência da fonte escolhida pelas partes em conflito. Veja ARAÚJO, Nádia, “Dispute resolution in Mercosur: The Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court”, in **Inter-american Law Review** (University of Miami), Winter-Spring 2001, v. 32, nr. 1, p. 25-56.

<sup>28</sup> Veja sobre o tema a obra de BRIERE, Carine, **Les conflits de conventions internationales en droit privé**, LGDJ, Paris, 2001, em especial, p. 266 e seg.

hierarquicamente<sup>29</sup> e funcionalmente,<sup>30</sup> visto hoje como ‘um complexo de elementos em interação<sup>31</sup> ‘coerentes’ ou ‘orgânicos’,<sup>32</sup> de ‘normas, princípios e jurisprudência’,<sup>33</sup> parece importante frisar esta visão sistemática do ordenamento jurídico, como um ‘conjunto de elementos diversos cuja organização e interação fornece a todo a ordem jurídica positiva reconhecida como tal os meios para alcançar sua coerência e seu funcionamento’.<sup>34</sup>

Por fim, repita-se que o novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos,<sup>35</sup> a boa-fé objetiva<sup>36</sup> etc.). Realmente, a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam a harmonia nas relações, civis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Min. Eliana Calmon: “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como, boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações.”<sup>37</sup>

## **B) Os três tipos de diálogos possíveis entre o CDC e o CC/2002 e a aplicação subsidiária do CC/2002 em relação às relações de consumo**

Seguindo os ensinamentos de meu caro mestre alemão, Erik Jayme, cabe

<sup>29</sup> SAUPHANOR, p. 23.

<sup>30</sup> SAUPHANOR, p. 30.

<sup>31</sup> SAUPHANOR, p. 24.

<sup>32</sup> SAUPHANOR, p. 27.

<sup>33</sup> SAUPHANOR, p. 28.

<sup>34</sup> SAUPHANOR, p. 32.

<sup>35</sup> Assim o texto aprovado: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>36</sup> Assim o texto aprovado: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

<sup>37</sup> CALMON, Eliana, “As gerações dos direitos e as novas tendências”, in **Revista direito do Consumidor**, v. 39 (jul.-set. 2001), p. 45.

agora refletir quais seriam os ‘diálogos’ possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresso sobre sua criação no sistema jurídico brasileiro no Art. 48 ADCT/CF 1988 e como incluído entre os direitos fundamentais, Art. 5, XXXII da CF/88)<sup>38</sup> e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública, que a lei nova mesma considera de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2035, parágrafo único da Lei 10.406/2002).

Em minha visão atual, três são os tipos de ‘diálogo’ possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema<sup>39</sup> e a outra um microsistema específico,<sup>40</sup> não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microsistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos Art. 2,17,29 e 3 do CDC), terão sua definição atualizada pelo entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu

<sup>38</sup> Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

<sup>39</sup> Veja detalhes in PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, *Revista Direito do Consumidor*, n° 43 (jul-dez..2002), p. 106.

<sup>40</sup> Veja detalhes sobre o CDC como microsistema, in PASQUALOTTO, p. 106 e seg.

campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja art. 777,<sup>41</sup> 721<sup>42</sup> e 732<sup>43</sup> da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do **favor debilis** do Art. 7 do CDC) daquela que vai “complementar” a **ratio** da outra (veja também art. 729<sup>44</sup> da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor **stricto sensu** e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores

<sup>41</sup> O texto é o seguinte: “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.”

<sup>42</sup> O texto é o seguinte: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.”

<sup>43</sup> O texto é o seguinte: “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

<sup>44</sup> O texto é o seguinte: “Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.”

entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do **Richterrecht** (Direito dos Juizes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de **double sens**<sup>45</sup> (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

Assim, em resumo, haveria o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.

Mister refletir aqui, ainda que rapidamente, sobre a noção de igualdade em direito privado e como esta noção irá influenciar a aplicação casuística do Código Civil de 2002, *um Código para iguais!* E ainda, como esta visão da *igualdade* e do tratamento igual/desigual para os iguais/desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada a noção moderna – tão importante em matéria contratual – da *eqüidade* (*Justiça para o caso concreto*)! Mister frisar como, em seu espírito e teleologia, o CDC está ligado a um novo paradigma de diferença, de tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de eqüidade, em uma visão mais nova do moderno ou pós-moderna. Face ao atual pluralismo de fontes no direito privado brasileiro, esta reflexão pode ser útil para o aplicador da lei, ao determinar o campo de aplicação do CC/2002.

Repita-se aqui o que ensina Berthiau,<sup>46</sup> em sua magnífica obra sobre o princípio da igualdade e o direito civil dos contratos: há uma ambigüidade original entre as expressões/e/ou noções modernas de igualdade e de eqüidade. Vejamos. A estrutura moderna da noção de *igualdade* advém do latim

**aequalitas** (igualdade, supondo a comparação com outro objeto), derivada por sua vez da expressão **aequalis** (igual) e de **aetis**. A partir das evoluções lingüísticas na Idade Média estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (**égalité-égalité-égal**, *igualdade-igualdade-igual*). A evolução da expressão *eqüidade* é semelhante, do latim **aequitas** (também **aetis**),<sup>47</sup> que significava, segundo pesquisas de Berthiau<sup>48</sup>, justamente *igualdade* e, mais precisamente, ‘igualdade de alma, equilíbrio, calma’ (**égalité d’âme, calme, équilibre**), era derivada por sua vez justamente da expressão **aequus** (igual-adjetivo).<sup>49</sup>

Esta proximidade etimológica, e a distinção (**distintio**) de níveis de pensamento, levam a conclusão que tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com ‘equilíbrio e calma’, é mais do que o princípio da igualdade, é eqüidade, uma solução justa para o caso concreto!

Igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso.<sup>50</sup> A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação.<sup>51</sup> Eis aqui o desafio maior do Direito Civil brasileiro atual, face a unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002, e face ao mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art. 5, XXXII da CF/88), também em suas relações civis. Assim, em um só tipo contratual (por exemplo, o contrato de mandato ou de seguro), podem estar presentes várias *naturezas*, vários *sujeitos de direito*, *iguais* ou *diferentes* na compara-

<sup>47</sup> Veja STOWASSER, J.M. et alli, **Der Kleine Stowasser**, G. Freytag ed., Munique, 1980, p. 18: “*aequitas, âtis, aequus - 1 Geduld, Ruhe, Gleichmut, Gelassenheit, animi. 2. Gleichheit [vor dem Gesetz], Gerechtigkeit, Billigkeit...aequitas est iustitia maxime propria.*”

<sup>48</sup> BERTHIAU, p. 3.

<sup>49</sup> Veja STOWASSER, J.M. et alli, **Der Kleine Stowasser**, G. Freytag ed., Munique, 1980, p. 18: “*aequus - gleich...Subst. aequum, Recht, Billigkeit: amantior aequi, aequi cultor, ex aequo bonoque.*”

<sup>50</sup> Assim conclui BERTHIAU, p. 3.

<sup>51</sup> Frase de BERTHIAU, p. 3.

<sup>45</sup> Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

<sup>46</sup> BERTHIAU, Denis, **Le principe d’égalité et le droit civil des contrats**, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 3 e seg.

ção entre si, comparação necessariamente *casuística e finalística*, comparação no caso, no papel econômico representado por cada um naquele contrato em especial, a constatar o seu *status* (empresários, *civis*, consumidores) daí derivado. Determinar o campo de aplicação do Código Civil de 2002 aos contratos é, pois, tarefa hercúlica, neste sistema jurídico altamente complexo, micro-codificado, plural e fluído, pois os papéis que os sujeitos de direito representam no mercado e na sociedade modificam-se de um ato para outro. Por exemplo, o profissional liberal é empresário (Art. 966 do CC/2002) em um momento e, no próximo, pode ser consumidor de um serviço para sua família e um *civis* perfeito, na sua relação de condomínio...<sup>52</sup>

O mestre da USP, Antônio Junqueira de Azevedo<sup>53</sup> alertou para este problema antes da aprovação do CC/2002, ponderando que introduzir no sistema jurídico brasileiro, já hiper-complexo, uma regulamentação unitária (igual) para as relações civis e comerciais poderia resultar em um retrocesso. E apontou a solução: a procura de uma igualdade com *aequitas*, a necessária distinção entre o que é igual e o que é diferente, na sociedade pós-moderna atual.

Observando-se o mandamento constitucional expresso de criação no sistema jurídico brasileiro (Art. 48 ADCT/CF 1988) de um CDC e o fato da proteção do consumidor ter sido incluída entre os direitos fundamentais (Art. 5, XXXII da CF/88),<sup>54</sup> não deve surpre-

<sup>52</sup> Segundo a jurisprudência majoritária dos Tribunais superiores, a relação de condomínio não é de consumo: “II - Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum. III - O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis e de quotas condominiais.” (STJ, RESP 239578/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/02/2000).

<sup>53</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in **Revista Direito do Consumidor**, v. 33 (2000), p. 124.

<sup>54</sup> Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

nder, portanto, que o CDC tenha hierarquia superior que o CC/2002. Efetivamente, todas suas normas civis são de ordem pública (*ex vi* do Art. 1º do CDC), e de lei especial, a aplicar-se prioritariamente nas relações de consumo. O CDC está a procura da equidade, do tratamento casuístico/tópico da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o ‘igual geral’, mas para o ‘diferente’ a relação civil diferente, entre fracos e fortes, daí sua especialidade.

Por fim, mencione-se que se não houve revogação tácita,<sup>55</sup> também não houve revogação expressa (Art. 2.045),<sup>56</sup> nem incorporação do CDC ao CC/2002 (Art. 2.043). O novo Código Civil Brasileiro menciona em apenas uma norma a expressão ‘consumidores’, como sinônimo de fregueses,<sup>57</sup> e não utiliza a expressão relação de consumo. Nas demais 2.045 normas do CC/2002 são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, no Art. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados à consumo’, nos Art. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no § 1 do Art. 1.011. Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002. Em outras palavras, podemos concluir que o CDC e o tema de defesa

<sup>55</sup> Também da história legislativa do projeto podemos retirar esta conclusão. A redação anterior do artigo final do Código (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “*revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...*” Mas, como explica o relator, Deputado Fiuza, a “boa técnica legislativa” o levou a Câmara a determinar quais as leis que o CC/2002 revogaria. Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, Código Civil, Brasília, 2000, p. 115.

<sup>56</sup> O texto original é: “Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.”

<sup>57</sup> Trata-se do inciso I do Art. 1467 que menciona a palavra ‘consumidores’, como sinônimo de ‘fregueses’, dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus *consumidores* ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;”

do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como aliás expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT).

Em resumo, mister preservar a **ratio** de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. Vejamos o diálogo quanto à cláusula geral de boa-fé objetiva nos contratos.

## II – Das cláusulas abusivas no CC/2002 e a cláusula geral de boa-fé

A própria idéia de abuso do direito, agora positivada no novo Código Civil de 2002, está relacionada com a boa-fé (Art. 187 do CC/2002). Seguindo-se esta idéia (e retirando-a do campo extracontratual para utilizá-la analogicamente no campo contratual), e unindo-a a do Art. 4, III e Art. 51 IV e § 1º do CDC, poderíamos afirmar, sucintamente, que cláusula abusiva é aquela que viola a boa-fé obrigatória das relações entre iguais (**ex vi** novo Código Civil) e entre desiguais (**ex vi** Código de Defesa do Consumidor, que possui este mesmo princípio da boa-fé e quando a relação civil ou empresarial é desequilibrada pelo contrato de adesão, **ex vi** Art. 424 do CC/2002).

Portanto, podemos dizer que uma cláusula desequilibra um contrato porque ela viola um dever principal, inerente àquele sistema, àquele tipo de contrato (essa idéia está no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor), mas podemos também dizer que determina a cláusula é abusiva, porque viola os

deveres que a própria boa-fé introduziu naquela relação. Como afirmava antes o Prof. Arnaldo Wald: a relação não é só mais aquela que as partes determinaram, havendo também as cláusulas gerais da lei. A cláusula geral da boa-fé faz nascer deveres para aqueles indivíduos, mesmo que tais deveres não estejam escritos, ou haja uma cláusula expressa exonerando a pessoa do dever de informar, do dever de cooperar, do dever de cuidado. Esses três deveres de conduta, portanto, fazeres, nascem diretamente do princípio da boa-fé ou da cláusula geral de boa-fé, e estão hoje na relação contratual, civil, empresarial e de consumo. Estes deveres de conduta de boa-fé vão tornar uma cláusula, uma condição geral contratual, uma cláusula do contrato, ilícita ou nula tanto no CDC como no CC/2002 justamente porque há uma violação dos deveres da boa-fé. Boa-fé é um princípio de repersonalização da relação contratual. Como ensina o grande mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: “...o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’.”<sup>58</sup> Efetivamente, boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”,<sup>59</sup> uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>60</sup> Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.

<sup>58</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**, São Paulo, Ed. J. Bushtasky, 1976 p. 29.

<sup>59</sup> Veja nosso livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4. edição, 2002.

<sup>60</sup> Sobre boa-fé como regra de conduta, como limite à autonomia da vontade e como fonte de novos deveres acessórios, veja a obra de MENEZES CORDEIRO, Antonio M. da Rocha e, **Da Boa-fé no Direito Civil**, v. 1, p. 632 e ss.

Como afirmamos anteriormente, boa-fé é, em resumo, um princípio de materialização da vontade contratual, agora balizada pelas exigências de considerara as expectativas legítimas do outro.<sup>61</sup> Assim ensina o também grande mestre da UFRGS, Ruy Rosado de Aguiar<sup>62</sup>: “A *boa-fé* se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir *objetivamente* o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes.” (grifo nosso) Para se ter a importância desta visão renovadora dos contratos envolvendo consumidores e fornecedores, afirma Paulo Luiz Neto Lôbo: “O princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos.”<sup>63</sup>

Os professores Jauernig e Volkommer,<sup>64</sup> na sua edição nova dos Comentários ao Código Civil alemão, que sofreu uma grande reforma em 2000 e 2001, mencionam que as funções da boa-fé (aquelas clássicas que conhecemos e que foram aqui mencionadas: a de estabelecer os deveres anexos, interpretadora e a limitadora, isto é, a própria idéia de abuso) devem ser vistas hoje com olhos mais voltados para o futuro.<sup>65</sup> Boa-fé é uma medida objetiva (**objektive**

<sup>61</sup> Assim CANARIS, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 200 (2000), p. 277 e seg.

<sup>62</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de, “A Boa-fé na relação de consumo”, in *Direito do Consumidor*, v. 14, p. 24.

<sup>63</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto “A informação como direito fundamental do consumidor”, in *Direito do Consumidor* 37, p. 67.

<sup>64</sup> Veja JAUERNIG, Othomar et alli, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. ed, Beck, Munique, 1994, p. 172, § 242, 1 (Vollkommer).

<sup>65</sup> Veja citações e detalhes em meu artigo, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, in *RDC* v. 43 (2002), p. 215-257.

**Masstab**), um paradigma de conduta das pessoas, mas ela é, sem dúvida alguma, uma medida de decisão (**Entscheidungsmaßstab**).

Por vezes, visualiza-se a boa-fé apenas como um ‘standard’, uma medida de conduta, uma medida de efeito ‘preventivo’: como devo eu conduzir-me na sociedade do futuro, como devo eu atuar ‘de acordo’ com a boa-fé. O que os referidos professores alemães estão querendo lembrar é que esse é apenas um lado ‘da moeda’, a boa-fé possui outro ‘lado’ que não podemos esquecer: a boa-fé é sempre também uma valoração da conduta. O Direito valora a atuação do outro como um paradigma, não mais subjetivamente (não temos mais a idéia de ‘culpa’) mas como um objetivo. Não podemos discursar sobre a boa-fé como uma idéia, um paradigma de conduta, e deixar de utilizar a boa-fé na prática como um instrumento de decisão do Judiciário (é uma medida de decisão).

Neste ponto, gostaria de dividir a minha exposição justamente nesses dois momentos: 1) a boa-fé teórica (como medida de conduta) e o Novo Código Civil (onde está essa boa-fé, pelo menos na parte voltada para as cláusulas abusivas); 2) e a boa-fé na prática, isto é, a boa-fé como medida valorativa, instrumentário para que o juiz diga se uma cláusula é abusiva de acordo com o cumprimento ou não do paradigma das exigências de boa-fé.

### **A) As funções da boa-fé e a experiência de mais de 10 anos do CDC**

Essa utilização ‘forte’ da boa-fé pode ser dividida em quatro funções, que já foram muitas delas aqui mencionadas pelo Professor Arnoldo Wald, que me antecedeu. A primeira função é essa de fotografia do que é e do que não é relação contratual hoje, chamada de função de complementação ou concretização da relação jurídica. Através do princípio da boa-fé objetiva, o julgador visualiza e precisa quais são os deveres das partes. Se é uma relação entre iguais – iguais civis ou entre comerciantes - há o novo

Código Civil e aqueles deveres que estão aqui também oriundos da boa-fé. Se a relação é entre consumidores, entre desiguais, um leigo e um profissional, então também o princípio da boa-fé estabelece quais são os deveres de informação, de cuidado, de cooperação.

Trata-se da **função de complementação ou concretização da relação (*Ergänzungsfunktion*)**, podendo o aplicador da lei, através do princípio da boa-fé objetiva, visualizar e precisar quais os deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial (por exemplo, incluindo as informações veiculadas em publicidade por uma seguradora ou grupo bancário, Art. 30 do CDC),<sup>66</sup> também chamada de função interpretativa.<sup>67</sup> A expressão alemã é de valorar-se e destacar-se, pois bem especifica a função ativa do juiz, uma vez que se trata do **Richterrecht** (Direito dos Juízes), isto é, há uma atividade mais completa e complexa<sup>68</sup> do que a simples interpre-

<sup>66</sup> Belo exemplo é a decisão do TJ/RS, já citada: “Propaganda enganosa. Garantia, incondicional, de financiamento para aquisição de unidade imobiliária. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Propaganda enganosa que garantiu, incondicionalmente, financiamento à aquisição de unidade imobiliária. Improvadas as apontadas irregularidades na documentação. Com inversão do ônus sucumbencial, condenação da incorporadora para suportar, às suas próprias expensas, o parcelamento da dívida (conforme garantido na publicidade).” (AC 598435063, Des. Guinther Spode, j. 22.12.98, in **RDC** 36/324). Veja também decisão e as já citadas decisões do TJ/RS sobre embalagem prometendo prêmios (AC 596126037, 5ª Câm. Civ. TJ RS, j. em 22.08.96, rel. Des. Araken de Assis) e sobre publicidade prometendo carros a quem completasse um ‘bingo’ (AC 596116764, 5ª Câm. Civ. TJ RS, j. em 14.11.96, rel. Des. Araken de Assis), todas citadas e comentadas no belo artigo de Guinther Spode, “O controle da publicidade à luz do CDC”, in **RDC** 42 (2002), no prelo. Veja também sobre promessa de recompensa e premiação de tampa de vasilhame de refrigerante Resp. 289.346/MG, DJ 25.06.2001, min. Nancy Andrichi.

<sup>67</sup> É o que MARTINS-COSTA, Judith, **Boa-fé no Direito Privado**, RT, São Paulo, 2001, p. 428, denomina de ‘a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo’ e à p. 431, citando Larenz, denomina “interpretação da regulação objetiva criada com o contrato”.

<sup>68</sup> Belo exemplo pode ser a decisão do TJ/RS, em caso envolvendo seguro de “Condomínio Residencial”, em que cláusula contratual dava direito ao conserto do elevador somente após “comunicação” à seguradora e in APC598002079, j. 03.06.1998, Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior ensinou: “Seguro de dano. Interpretação de cláusula. comunicação imediata, não necessariamente prévia. dano em elevador de edifício de

tação pelo juiz, há, sim, concreção de cláusula geral.<sup>69</sup> E como ensina a Corte Constitucional alemã desde 1993,<sup>70</sup> na concreção das cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes (em especial, nos contratos bancários, financeiros e de crédito) as cortes civis devem fazer valer os direitos humanos, os direitos fundamentais recepcionados nas Constituições,<sup>71</sup> impregnando o direito privado de seu espírito de proteção da dignidade da pessoa humana, da privacidade, de proteção dos dados, de direito à informação, à escolha livre, de desenvolvimento da sua personalidade etc.

A expressão atual alemã também esclarece de forma pedagógica que a boa-fé é uma nova fonte de deveres (deveres anexos), “descobertos” na complementação, na “fotografia” da relação, que realiza o magistrado: informar, cooperar, cuidar com o outro e, não só, prestar... Aqui, está, pois, a função primeira e mais complexa da boa-fé, que valora o grau de informação, de transparência, de lealdade nas condutas e cláusulas dos fornecedores, de forma a visualizar/fotografar que relação jurídica é esta, complexa, conexa, principal

apartamentos residenciais. Segundo interpretação que se ostenta a melhor, a exigência, em casos como o dos autos, é de comunicação, sim, e imediata, mas não necessariamente prévia, do dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais, pois desarrazoado que se aguarde providências da seguradora, para, apenas após, efetivar o conserto, sempre urgente quando se cuida deste meio de transporte de pessoas.”

<sup>69</sup> Assim também no Brasil, TEPEDINO, Gustavo (Coord.), **Direito Civil-Constitucional**, Renovar, Rio de Janeiro, 201, p. 11 e 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

<sup>70</sup> BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 - 1BvR 567/89 u.l.a., in: NJW 1994,36. A ementa original é a seguinte: “Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2,1 GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.”

<sup>71</sup> Veja meu artigo “Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor”, in **RDC** v. 18, p. 53-76.

ou acessória visando o consumo e se as exigências desta boa-fé foram ou podem ser cumpridas. O objetivo é alcançar a igualdade, o reequilíbrio entre as partes, e a atuação do Juiz conforme a boa-fé é ativa, como ensina o TJ/RS: “Ao analisar o contrato, com suas diversidades, e que se constitui alvo especial do chamado Direito do Consumidor, está o juiz nesse alinhamento bem longe da principiologia clássica do contrato, onde se presumia que as partes eram livres para contratar, e eram iguais, sem qualquer distinção de informação, conhecimento e poder de cada uma. A atuação do magistrado, frente a uma relação de consumo, pode e deve ser mais dinâmica, pretendendo assegurar a igualdade das partes ao mesmo plano jurídico.” (Ementa da APC 197278518, 21ª CC, Des. Francisco José Moesch, TJ/RS, j. 17.06.1998).

Destaque-se que o legislador alemão, ao reformar o seu Código Civil de 1893 em 2002, incluiu uma nova norma de interpretação no § 241 do BGB, aplicável aos contratos de consumo (novo § 13 c/c § 241 e § 242), que é a seguinte: “§ 241- Deveres oriundos das relações obrigacionais- (1)...(2) As relações obrigacionais podem, de acordo com seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte.”<sup>72</sup> Note-se a beleza desta linha que amplia a visualização da relação, não só faz ‘aparecer’ os deveres anexos ao contrato, como ajuda a valorar as práticas comerciais do fornecedor. “Ter em conta os direitos...e os interesses da outra parte” é visualizar o ‘alter’ e valorar a conduta-conforme a boa-fé- daquele contratante mais forte, tanto na formação do contrato (cláusula abusiva), quanto na execução do contrato (prática comercial abusiva).

Muitos denominam esta função de ‘interpretativa’ ou ‘interpretadora’, entretanto, não quero aqui denominar esta função de ‘interpretação’, porque essa é

uma visão mais clássica da boa-fé e, como afirmei, parece-me que essa idéia de concreção, de fotografia mesmo completa da relação é mais atualizada e mais atualizadora. Essa função de interpretar pode solucionar muitos dos problemas que também podemos fazê-lo através do uso do instrumentário sancionatório das cláusulas abusivas. Isto é, o julgador ao interpretar o contrato ou a cláusula já o faz de acordo com o instrumento valorativo que é a boa-fé (medida de decisão). Então, se pode interpretar o texto de forma que a cláusula examinada não viole a boa-fé e que proteja o mais fraco, ou seja favorável a quem simplesmente aderiu ao contrato de adesão, estarei utilizando todas as idéias principiológicas que estão no Código Civil de 2002 e também, estão mais fortemente presentes ainda, no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. Assim o julgador pode evitar que aquela cláusula, interpretada de outra forma, viole a boa-fé e seja nula. Vejam que dentro dessa função temos dois momentos: a simples interpretação e a identificação dos deveres que objetivamente as partes deveriam cumprir.

A terceira conclusão dos referidos professores alemães e que me parece interessante, é a da bilateralidade dos deveres de boa-fé. Geralmente, não mencionamos muito esta característica em matéria de Direito do Consumidor porque o Código de Defesa do Consumidor positiva que o dever de informar é imposto ao fornecedor, é um dever do profissional e não do leigo, o consumidor. Mas agora, nesse outro mundo, que é o Código Civil de 2002, na relação entre iguais, há bilateralidade dos deveres de boa-fé: um parceiro deve cuidar do outro, um deve informar ao outro. Se são dois comerciantes, obviamente que o dever de informar é bilateral. Há o dever de cooperar, e como mencionava o Prof. Arnoldo Wald, a idéia da parceria é justamente bilateral. A idéia de não levar o outro à ruína, que é uma idéia bastante antiga da boa-fé, uma exceção da ruína, a qual foi aqui mencionada pelo

<sup>72</sup> No original: “§ 241. Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1)...(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.”

Prof. Arnaldo Wald com a idéia de renegociação dos contratos, é um dever de cooperar para evitar a ruína econômica do outro, é um dever bilateral no Código Civil de 2002, imposto justamente pelo princípio da boa-fé positivado de forma bilateral.

Já no microssistema do Código de Defesa do Consumidor essa bilateralidade se esmaece, porque a própria norma impõe, por exemplo, em matéria de banco de dados (Art. 43 e seg. do CDC), que um (fornecedores) guarde e cuide da informação que detêm do outro (consumidores), que um (fornecedores) informe ao outro (consumidores). Portanto, neste caso, o ônus, o peso do cumprimento dos deveres de boa-fé foi positivado, foi regulado em norma positiva indisponível (Art. 1º do CDC), e somente em poucos momentos existe realmente uma bilateralidade dos deveres de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor. Um exemplo que foi dado pelo Prof. Wald foi justamente o do contrato de seguro, em que há uma relação de consumo, mas em que também os deveres de informação do consumidor estão positivados no Código Civil e mesmo assim são interpretados sempre favoravelmente a eles (art. 47 do CDC em diálogo!). Aqui nessa primeira função da boa-fé, isto é, da concretude, da concretização da relação, está a maior potencialidade para o chamado direito dos juízes, isto é, a verdadeira interpretação dos contratos, a visualização da totalidade da relação que não é só concentrada no cumprimento dos deveres principais, mas nesse novo mundo em que os serviços são mais importantes que os dares. É um mundo tão complexo, cheio de riscos, onde há o dever de informar, de colocar junto com o produto, por exemplo, um manual de utilização ou de colocar junto com o serviço bancário o verdadeiro preço daquela taxa, daquele extrato, daquele talão, ou do envio do talão pelo correio e as possibilidades que teria o consumidor de manutenção da conta de forma diferenciada, esta informação pode ser até mais im-

portante do que o verdadeiro cumprimento da prestação principal, isto é, manter uma escrituração ou de entregar-me um bem que não sei usar, se não tenho um manual de informação. Em outras palavras, os deveres de boa-fé potencializam-se e ganham em importância nos dias de hoje, e aí está a possibilidade de o direito dos juízes evoluir a nossa visão do contrato na prática.

A segunda função da boa-fé, mais típica é a função de controle e de limitação das condutas. Aqui está a proibição das cláusulas abusivas. Temos liberdade de contratar, de estabelecer a liberdade contratual, portanto, de estabelecer o conteúdo do contrato, mas como essa é uma liberdade formal e muitas vezes não material, para reequilibrar a situação em matéria de contratos de adesão - regulados hoje pelo Código Civil de 2002 - a lei limita essa liberdade. Vejamos o que os artigos 423 e 424 do novo Código Civil mencionam sobre isso: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, primeira idéia, primeira função. E no Artigo 424: “Nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Nesta norma temos dois momentos normativos, isto é, limita-se a possibilidade de renúncia por uma das partes, através de cláusulas exonerativas, cláusulas de exoneração de responsabilidade. Assim, no contrato de transportes, por exemplo, a cláusula exonerativa de responsabilidade vai ser considerada nula, vai ser restringida, complementando essa idéia. Em matéria de seguros, também, há artigos especificamente prevendo que determinadas cláusulas não são possíveis nesses contratos ou em contratos de prestação de serviço (na parte especial). Porém, aqui na parte geral do novo Código Civil, a idéia é que a renúncia, se ela é ao principal, se ela é aquela resultante da natureza do negócio, esta renúncia ou

disposição **per se** já é nula. Aqui encontra-se o maior limitador, a melhor definição do que podem ser essas cláusulas abusivas que o Código Civil de 2002 considera nulas.

O Código de Defesa do Consumidor também tem a idéia da cláusula abusiva, só que ali, para a proteção do mais fraco, a potencialização do que é abuso é ainda maior. Considera-se, no artigo 51, parágrafo 1º, como nulas todas as cláusulas que asseguram uma vantagem exagerada para uma das partes, que destroem o sistema em que o contrato está e que, portanto, destroem, em última análise, esse objeto do contrato, a expectativa legítima do consumidor.

É a **função de controle e de limitação das condutas (Schrankenfunktion)**, pois o princípio, de forma imanente, está a limitar as “posições” jurídicas dos contraentes e o exercício de seus direitos, daí, por exemplo, a proibição de cláusulas e práticas abusivas (Art. 39 e 51 do CDC). Como afirmamos, a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.<sup>73</sup> O julgador valora a atuação, decidindo se esta ultrapassou ou não a razoabilidade, os limites impostos por esta boa-fé objetiva qualificada, que é a de consumo. Abusiva é a conduta ou a cláusula que viola a boa-fé, os deveres impostos pela boa-fé

<sup>73</sup> Neste sentido, veja-se exemplar decisão do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *in* Resp. 158.728-RJ, 16.03.1999, cuja ementa ensina: “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade.”

aos agentes na sociedade, como ensina o STJ, no Resp. 219184/RJ, j. 26.10.1999, Min. Ruy Rosado de Aguiar: “SERASA. Dano moral. - A inscrição do nome da contratante na Serasa depois de proposta ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada procedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização pelo grave dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes. Recurso conhecido e provido.”

A pergunta atual é como vamos realizar a interpretação desse artigo 424 do Código Civil de 2002. A doutrina, em especial os comentaristas começam a fornecer idéias sobre a interpretação desse artigo. Normalmente, porém, costumam concentrar-se não na cláusula geral de boa-fé do Código de Defesa do Consumidor, mas no primeiro inciso do artigo 51. O Art. 51 do CDC, *caput* dispõe: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos...”. Esse inciso I, há que se mencionar, não termina assim, mas possui uma segunda frase que permite, nos contratos entre pessoas jurídicas, em pleno microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a limitação da responsabilidade.

Por que mencionar isso? Porque me parece importante para estabelecermos a diferença entre o que é a ‘qualidade’ da boa-fé ou a potencialidade de aplicação da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e a potencialidade de sua aplicação no Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002 é um Código para iguais, relação entre civis e relação entre comerciantes. O próprio Código de Defesa do Consumidor, que possui amplas definições de quem é consumidor (veja a linha interpretativa dos maximalistas e dos finalistas, à qual me

filio), já pensando nisso e antes do advento do Código Civil de 2002, previa que em matéria de relacionamento intercomerciantes, portanto, consumidores pessoas jurídicas, era permitida a cláusula de limitação da responsabilidade, se ela não atingia a natureza do contrato, o objeto do contrato, se realmente não violava a boa-fé entre comerciantes, isto é, a cláusula geral do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. Como podemos interpretar essa exceção à regra? Podemos interpretar através de uma visão de força, de 'qualificação'. É claro que o princípio da boa-fé atinge tanto o microsistema do Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil de 2002, mas aqui, em uma relação entre iguais, a idéia do que é abusivo, do que atinge a natureza do contrato é, de qualquer maneira, de uma valoração mais concreta; porém, para a proteção obrigatória, **ex vi lege**, de uma das partes do contrato, realmente neste caso a boa-fé se 'ilumina'/qualifica, sendo portanto muito mais exigente e por isso muito mais utilizada.

A terceira função é a função de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias, que também já foi mencionada aqui pelo Professor Arnoldo Wald. Hoje, essa função é a idéia de que há um direito a uma manutenção do vínculo (pelo menos um direito à tentativa da manutenção do vínculo). Por isso há, dentro da moção de boa-fé, a idéia de um dever de renegociação geral dos contratos comerciais. Este dever não nasceu no direito do consumidor. Essa idéia nasceu nos grandes tratados internacionais, veja-se os princípios do *UNIDROIT*, na chamada **Lex Mercatoria**, isto é, nos contratos internacionais entre comerciantes.<sup>74</sup> E,

<sup>74</sup> Veja o estudo de MARTINEK, Michael, "Die Lehre von de Neuverhandlungspflichten- Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung", in **Archiv für die zivilistische Praxis**, 198 (1998), p. 330 e seg., o qual apesar de negar a existência deste dever geral de renegociação (**Neuverhandlungspflicht**) em todos os contratos de longa duração, concorda que a doutrina majoritária o identifica em muitíssimo deles, em especial os de longa duração de consumo, p. 356 e seg.

foi trazida para o Direito Civil interno a partir daquela idéia antiga da boa-fé, que é a exceção da ruína: no cumprimento conforme a boa-fé dos contratos há de evitar-se a conduta que leve à ruína do outro, do parceiro contratual.

O nossa visão atual do contrato é de uma parceria, contrato é um momento de cooperação. Porque o outro me escolheu e porque eu o escolhi - (repita-se que boa-fé é um pensar refletido), não posso eu permitir que a minha vinculação a uma determinada cláusula contratual leve o outro a ruína, como, por exemplo, no sistema financeiro da habitação. Se eu credor não permito que o indivíduo me devolva o imóvel, se eu não permito que o indivíduo venda-o ou que passe o imóvel e a dívida a uma outra pessoa, se o indivíduo perde a possibilidade concreta de saldar, se há uma impossibilidade subjetiva de pagar (se ele fica desempregado ou doente, por exemplo) e eu o mantenho 'preso' como meu devedor, sei que o estou levando à ruína! Eu não renegocio, porque eu credor 'tenho' o contrato, 'tenho' aquela cláusula, tenho o 'direito'. Não preciso eu 'adaptar', renegociar, mas será que estou agindo conforme a boa-fé? Obviamente, todos sabemos que o paradigma da boa-fé é pensar no outro, nas suas expectativas legítimas, no fato de que ele realmente entrou no Sistema Financeiro de Habitação porque não podia comprar através de outros financiamentos. Trata-se de um contrato massificado, para pessoas mais pobres, para classe média da sociedade (se ele fosse da classe alta compraria à vista ou faria um financiamento direto bancário). O dever de renegociação nasceu nos contratos internacionais do Direito Comercial e agora está chegando nesse direito entre iguais, ou direito entre diferentes, o Direito do Consumidor, e aqui está também - em minha opinião - na noção de boa-fé do Código Civil de 2002.

É a **função de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (Korrekturfunktion)**, a permitir que o julgador adapte e modifi-

que o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça (manutenção do vínculo) apesar da quebra da base objetiva do negócio, por exemplo, com a desvalorização do dólar em contratos de leasing,<sup>75</sup> ou imponha deveres de renegociação<sup>76</sup> face à quebra subjetiva da base do negócio, por exemplo, quando o consumidor perde seu emprego. A decisão aqui é casuística, como ensina o STJ, no mencionado Resp. 200.019/SP j. 17.05.2001, DJ 27.08.2001, Min. Ari Pargendler: “*Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda ajuizada pelo promitente comprador que ficou sem condições de cumprir o contrato. Procedência do pedido, à vista das circunstâncias do caso concreto..*”<sup>77</sup>

A quarta função, e com isso termino essa parte teórica, é de autorização para decisão por equidade. No Brasil, costumamos dizer que a decisão por equidade tem que ser autorizada *ex vi lege*. O Código de Defesa do Consumidor é um sistema, um microssistema, que permite a decisão por equidade em seu artigo 7º. Porém, geralmente não concordamos com a idéia alemã de que dentro da boa-fé está uma decisão casuística, uma decisão fora do sistema, uma decisão inovadora. Aqui, realmente, não consegui encontrar nenhuma decisão do Judiciário, do Superior Tribunal de Justiça, para apoiar essa última função da boa-fé. Minha experiência é que realmente essas teorias germânicas, mais dia menos dia, comecem a ser aceitas entre nós. Assim como a terceira, que é o dever de renegociação

<sup>75</sup> Veja, por todos, Resp. 361.694/RS, j. 26.02.2002, Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002.

<sup>76</sup> A doutrina atual está estudando fortemente os deveres de renegociação, tanto na Alemanha (Norbert Horn, Jürgen Baur, Herbert Kronke, Ernt Steindorff, Gabrielle Fecht, Andreas Nelle etc.), na Itália (Giovanni de Cristofaro, Giuseppe Gandolfi, Franco Anelli, todos sobre cessão dos contratos), nos Estados Unidos (seja nos teóricos da *Lw and Economics – renegotiation-*, seja nos internacionalistas, em virtude dos Princípios da UNIDROIT para os contratos internacionais de 1994), assim relata em detalhes MARTINEK, Michael, “Die Lehre von de Neuverhandlungspflichten- Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung”, in **Archiv für die zivilistische Praxis** (AcP), 198 (1998), p. 330 a 398.

<sup>77</sup> Neste caso o STJ permitiu ao devedor (inadimplente), que perdera seu emprego, requerer a rescisão do con-

geral, foi aqui mencionado pelo Prof. Arnaldo Wald, parece-me que em breve nós teremos essa idéia de abertura do sistema para uma decisão casuística com base não só na função social do contrato, que seria outra possibilidade, mas com base no princípio geral da boa-fé.

É a *função de autorização para a decisão por equidade (Ermächtigungsfunktion)*, pois como cláusula geral sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópica e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade (*Billigkeitsrecht*) adaptado à sociedade e às necessidades atuais. Como relembra Hattenhauer,<sup>78</sup> a fórmula “boa-fé” exige uma concretização no caso concreto, logo, casuística e com base na equidade (*Billigkeit*).

## B) Cláusulas abusivas no Código Civil de 2002 e no CDC: uma visão prática do diálogo das fontes

Iniciando esta segunda sub-parte, a parte concreta, cabe perguntar o que significa essa visão de diálogo e de funções da boa-fé para a prática do Código Civil de 2002?

Em 1993, a Corte Constitucional Alemã, em um contrato bancário, decidiu que a concretização da cláusula geral de boa-fé deveria ser feita de acordo com os direitos fundamentais das pessoas.<sup>79</sup> A decisão de 1993 abriu uma cri-

trato, que não aproveitou e a devolução das parcelas pagas, mesmo se a outra parte se opunha, citando como precedentes os Resp. 132.903-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19/12/97, Resp. 109.960-RSP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24/03/97, Resp. 79.489-DF, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/04/97 e o já citado in Resp. 109.331-SP, DJ 31/03/97.

<sup>78</sup> HATTENHAUER, Hans, **Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts**, Beck, Munique, 1982, p. 93.

<sup>79</sup> BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 - 1BvR 567/89 u.l.a., in: NJW 1994,36-39. A ementa original é a seguinte: “Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und §242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2, I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.”

se no sistema alemão e levou à modificação do Código Civil, que era de 1896.<sup>80</sup>

Nesse caso concreto de um contrato bancário - que era de milhares de marcos - entre um empresário e um banco, o problema todo se deu com relação ao garantidor, o filho desse empresário, que já era maior, e garantiu (assinando a garantia) num valor absolutamente extraordinário em relação à potencialidade dele (ele, inclusive, era estudante de medicina). O banco na época argumentou que precisava evitar a 'circulação' da riqueza na família, isto é, que se ele não fosse fiador ou garantidor do pai, o pai poderia transferir aqueles valores para ele e com isso fugir à pressão do banco.

No final, no caso concreto, o pai vai à falência, e porque é um comerciante com todas as privilégios de falido, o banco prefere acionar o filho, então já um médico. Só que o valor do empréstimo, que ele obviamente garantiu de livre vontade, era tão grande que ele levaria o resto da vida pagando. O 'filho' perdeu em primeiro grau, sob o argumento da ***pacta sunt servanda***; perdeu em segundo grau - ***pacta sunt servanda***- e chegou à Corte Federal Civil alemã (BGH) e esta novamente afirmou: não, o senhor é maior, o senhor obrigou-se e não temos como reverter essa situação agora, a não ser pelos exames de fato. O filho-garantidor recorre, então, à Corte Constitucional alemã (BVerfG) que faz emitir esta decisão que ficou clássica: "as cortes civis, quando da concretização das cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes, deverão considerar os direitos fundamentais do cidadão, inclusive o direito de desenvolvimento da sua personalidade (art. 2º, inciso I da Lei Fundamental de Bonn)."

O que quero aqui destacar é que a Constituição brasileira fundamentou realmente o Código de Defesa do Consumidor, sua origem, no artigo 5º, inciso XXXII, que cria um direito fundamental do consumidor à proteção pelo Estado

(Estado-juiz, Estado-legislador, Estado-administrador). A Constituição também determinou a realização de um Código de Defesa do Consumidor, no artigo 48 dos atos das Disposições Transitórias. Essa Constituição, que privilegia o consumidor, o diferente, o mais fraco, agora deve ser utilizada para guiar a nossa interpretação das cláusulas gerais do Código Civil de 2002. Não é que não conheçamos como aplicar essas cláusulas gerais. O princípio da boa-fé já é muito aplicado na prática, o princípio da função social do contrato é um pouco menos conhecido mas, de qualquer maneira, sua prática existe. Da mesma forma, temos já imbuída entre nós a idéia do Direito Civil Constitucional, que aqui no Estado do Rio de Janeiro a Escola da UERJ, sob a liderança do Prof. Gustavo Tepedino, tem frisado muito: a Constituição, a dignidade da pessoa humana como idéia guia, a diferenciação nos valores da ordem econômica e financeira, a idéia da defesa do consumidor, da defesa do meio-ambiente, da defesa do trabalhador, mas principalmente idéia de que o nosso mercado deve levar ao desenvolvimento e, ao mesmo tempo, não excluir pessoas (idéia da solidariedade social). Todas essas noções encontram-se na Constituição brasileira e podem ser usadas para concretizar (concretude), para essa fotografia que nós vamos fazer do que é realmente a boa-fé na prática contratual.

Na parte prática é de grande importância a interpretação das cláusulas abusivas. Por que a interpretação? Não só porque o artigo 421 do Código Civil começa o capítulo impondo que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" e o 422 afirma: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé", mas também porque a idéia que está no artigo 113 é de que a boa-fé é a maneira, o instrumento da interpretação dos contratos hoje.

Assim impõe o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: a interpreta-

<sup>80</sup> Veja a obra de REINICKE, Dietrich e TIETDKE, Klaus, **Bürgerschaftsrecht**, Berlim, Luchterhand, 1995.

ção é a favor do mais fraco, a interpretação é de acordo com a boa-fé. Mas qual seria a diferença entre o que impõe o Código de Defesa do Consumidor e o que afirma o Código Civil de 2002? A diferença pode estar no artigo 423, o qual afirma: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Tal norma não deixa de ter o espírito de proteção do aderente, aquele que não redige as cláusulas, mas o texto exige três detalhes que o Código de Defesa do Consumidor não exige. Primeiro que seja um contrato de adesão. Nas relações entre iguais, entre dois comerciantes ou entre dois civis, como, por exemplo, o condomínio (o próprio Superior Tribunal de Justiça já afirmou que não considera esta uma relação de consumo) ou seja, nessas relações puramente civis e puramente comerciais (parece-me que haverá uma modificação da interpretação do Código de Defesa do Consumidor quando esse código entrar em vigor), voltaremos a uma discussão que era muito comum no Judiciário: se é ou não é um contrato de adesão. Só em caso de contrato de adesão, permite o Art. 423 o controle do conteúdo do contrato e a nulidade da cláusula. Onde encontraremos a definição de contrato de adesão?

Não está no Código Civil de 2002, porém, tal definição pode ser retirada analogicamente do Código de Defesa do Consumidor, do artigo 54. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal negou-se a definir contrato de adesão entre comerciantes com base no Art. 54 do CDC. No caso que eu comento na **Revista de Direito do Consumidor**, o *Teka versus Aiglon*,<sup>81</sup> o Supremo Tribunal Federal, em um contrato de importação entre comerciantes, apesar de ter sido usado um formulário, isto é, condições gerais de venda de algodão da Irlanda para essa tecelagem brasileira, consi-

<sup>81</sup> STF, Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01/12/99, veja a íntegra da decisão in **Revista Direito do Consumidor**, nº 34 (abr.-jun.2000), p. 253-263.

derou que não se tratava de um contrato de adesão em virtude da igualdade econômica e da possibilidade de recusar e modificar efetivamente as cláusulas.<sup>82</sup> Já na definição ampla do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor quase tudo é contrato de adesão. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pelo menos nesse caso *Teka versus Aiglon*, ao contrário, possibilita o renascimento da discussão do que é um contrato de adesão entre comerciantes.<sup>83</sup> O segundo exemplo é de um caso de São Paulo, de um conflito de competência decidido no STJ.<sup>84</sup> Discutida é a cláusula de eleição de foro, também uma cláusula comum em qualquer formulário de contrato comercial, que poderíamos denominar de ‘contrato de adesão’. Nesse caso que envolve a empresa Panamá International e uma unidade cardioráxica de Sergipe, tanto o II Tribunal de Alçada de São Paulo, quanto o Superior Tribunal de Justiça (relator Ministro Ari Pargendler), consideraram que aqui não se tratava realmente de contrato de adesão, apesar de ser um contrato-formulário, porque havia uma certa igualdade entre as partes e não aplicaram o Código de Defesa do Consumidor e possibilitaram a eleição do foro nessa relação entre comerciantes.

Parece-me, pois, que nasce aqui uma grande discussão sobre a natureza e talvez a impossibilidade de se usar o

<sup>82</sup> Veja nossos comentários, MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. “Caso *Teka vs. Aiglon*: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC” in **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36 (out.-dez. 2000), p. 221-240.

<sup>83</sup> Destaca a importância desta decisão para o diálogo entre o CC/2002 e o CDC, PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, **Revista de Direito do Consumidor**, nº 43 (jul.-dez.2002), p. 104

<sup>84</sup> Conflito de Competência nr. 32.270-SP, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler, p. 3 (voto), cuja ementa é: “Conflito de Competência. Foro de Eleição. Prevalência. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de São Paulo.”

artigo 54, como estão sugerindo os primeiros comentaristas ao Código Civil, como paradigma do que é um contrato de adesão no país, tendo em vista que o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor é um artigo somente para uso nesse microsistema, isto é, frente a um leigo, um consumidor trata-se de um 'contrato de adesão', mas o mesmo contrato frente a dois comerciantes (no caso, frente a dois comerciantes num contrato internacional), talvez não seja considerado como tal.

A segunda diferença é a menção a cláusulas ambíguas ou contraditórias. Na interpretação, obviamente de acordo com a boa-fé, que se faz com força no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor não se exige que a cláusula seja ambígua ou não clara. No CDC não utiliza-se o brocado: *interpretatio cessat in claris*, isto é, se há clareza, não há necessidade de interpretação. Ao contrário, a visão do Código de Defesa do Consumidor é de incluir todas as informações e que a interpretação geral de todas as cláusulas, as claras e as ambíguas seja a favor do consumidor. A idéia aqui defendida pelo Prof. Arnoldo Wald, da necessária proteção da confiança despertada através dos atos do fornecedor. Segundo o CDC, todas as informações e mesmo a publicidade, *ex vi* artigo 30, serão incluídas no contrato celebrado, como 'cláusulas' extras deste contrato. A publicidade, como informação ou promessa que despertou a confiança do consumidor, pode estar em contradição com uma cláusula clara do contrato.

Não existem cláusulas mais claras do que as cláusulas abusivas. Se, por exemplo, o contrato exclui uma determinada doença, AIDS, trata-se de uma cláusula clara, se o contrato introduz uma cláusula penal pesadíssima, uma cláusula quase de decaimento, trata-se de uma cláusula clara, se estipula o preço de uma taxa de administração de 48%, trata-se de uma cláusula clara. Mesmo assim essas cláusulas 'claras' podem e devem sofrer alguma interpretação para evitar que elas sejam cláusulas abusivas, isso segundo o Có-

digo de Defesa do Consumidor. A pergunta é: se no sistema das relações entre iguais, entre comerciantes, vai ser permitida ao juiz a utilização da boa-fé, com toda essa potencialidade que o Judiciário brasileiro utiliza no microsistema do Código de Defesa do Consumidor para beneficiar um dos aderentes, isto é, no caso do contrato inter-comerciantes, beneficiar um dos comerciantes.... Parece-me, a primeira vista, que o artigo 423 não permite esta linha de conclusão. Volta-se ao sistema antigo de interpretação, que exige uma contradição ou uma falta de clareza e, sim, um contrato de adesão, isto é, um contrato onde a liberdade contratual esteja de tal forma reduzida pela simples adesão de um de forma a permitir essa interpretação a favor do aderente. Caso contrário, a interpretação é somente de acordo com o princípio geral de boa-fé e, como afirma o artigo 421, através da função social do contrato. Pode ser que, havendo interesse público (imaginem um contrato de licitação, um contrato de energia elétrica), e não sendo um contrato de consumo, ainda persista a possibilidade de criação do juiz nesse Código, parece-me que, porém, mais reduzida. Além disso, o artigo 112 do Código Civil novo restabelece aquela velha regra do artigo 85 do CC/1916, quanto à intenção das partes. Portanto, não evolui quanto à teoria. Trata-se da teoria da vontade e não a teoria da declaração. No Código de Defesa do Consumidor, a idéia é de expectativas legítimas, de proteção da confiança, que levava à utilização da teoria da declaração, mais especificamente da Teoria da Confiança: declarou, mesmo que na publicidade, deve cumprir.

Os pré-contratos (artigo 48 do Código de Defesa do Consumidor), os avisos, os recibos, qualquer documento, as promessas (artigo 34) dos representantes autônomos, todas essas declarações têm uma importância fortíssima no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Já no Código Civil novo - porque é um código entre iguais, repito -, essa importância diminui. E o pon-

to de maior colisão, entre um sistema e o outro é o artigo 111 do Código Civil segundo o qual o silêncio das partes pode significar aceitação, segundo os usos e costumes locais. Essa norma é uma norma perfeita para uma relação entre iguais, relação entre civis e relação entre empresários, portanto *experts* ou igualmente leigos, mas não pode ser transportada para o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Portanto (e aí eu retorno a minha idéia inicial), parece que se as normas são semelhantes, se o princípio é o mesmo, isto é, o princípio da boa-fé, a autorização dada ao Judiciário para interpretar o princípio da boa-fé no Código Civil de 2002, através das suas várias normas, é menor e está menos guiada ou indicada do que no Código de Defesa do Consumidor, onde a atuação de controle do conteúdo do contrato, pela própria natureza deste, em uma relação entre diferentes, é maior.

O último ponto a tratar, antes de passarmos à jurisprudência, é o do artigo 424 do Código Civil de 2002, que estabeleceu: “Nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” Aqui destaco a nulidade absoluta. Muito se discutiu, inclusive no Código de Defesa do Consumidor, se as cláusulas abusivas eram nulas de forma relativa, tendo em vista que a nulidade de forma relativa pode ser sanada. O Código Civil, e nesse sentido ele é bastante coerente, transformou algumas nulidades relativas em nulidades absolutas, porque hoje interessa à sociedade como um todo que essas cláusulas abusivas sejam consideradas ilícitas, pelo menos que haja uma sanção - a própria nulidade. Não há apenas um interesse pessoal, individual, das partes que está sendo atingido, mas há também um interesse da coletividade. Essa idéia já estava no Código de Defesa do Consumidor e agora foi repetida no Código Civil. Nesse sentido, a sanção nulidade é a mesma, apesar de o Código Civil novo dar menor possibilidade, na minha opinião, de atuação do Judiciário.

Por fim, o artigo 425, o último que devo mencionar, afirma o seguinte: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. É claro que esse artigo nada menciona sobre cláusulas abusivas, mas permite tratar da idéia da ‘criação’ pelo Judiciário, da identificação do que é ‘de acordo’ com a boa-fé ou contrário a ela, através da concretização que faz caso a caso. Vejamos, a idéia do contrato atípico ou típico na noção de arrendamento mercantil, contrato que por muito tempo não teve lei especial. Quando veio a lei, foi o próprio Judiciário que, não diretamente, mas na prática, fez a referida valoração. Por exemplo, um artigo da Lei do Arrendamento Mercantil permitia a transformação da natureza do contrato e, hoje, após a atuação do Judiciário está mais ou menos consolidada a idéia de que a antecipação do VRG transforma a natureza do contrato. Transforma, porque isso já estava previsto mais ou menos indiretamente na própria lei, mas a potencialização veio através do Judiciário, através da criação e da interpretação judicial.

Para finalizar, veremos como a jurisprudência tem interpretado esta idéia de que a boa-fé é o instrumento valorativo do que é de acordo ou contra, isto é, do que é abusivo ou do que é permitido em matéria contratual. Os deveres de boa-fé principais são: o dever de informar, o dever de cooperar e o dever de cuidado.

No Resp. nº 264562 o Ministro Ari Pargendler, em decisão de 12.06.2001, afirma o seguinte: “*Civil. Seguro de assistência médico-hospitalar - plano de assistência integral (cobertura total), assim nominado no contrato. As expressões ‘assistência integral’ e ‘cobertura total’ são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso não conhecido*”. Aqui a idéia de que o nome do contrato (não é nem uma cláusula, mas sim o título do contrato) já

desperta uma expectativa, já informa. Então, se realmente o contrato se chama 'assistência integral', 'cobertura total', ele não pode ser uma assistência 'não-integral', uma cobertura 'não-total', nas cláusulas do contrato de adesão. A contradição, se fôssemos identificar, estaria entre o título e as cláusulas. O dever de informar é um dever de conduta, um paradigma de conduta leal na sociedade, como mencionava o Prof. Arnaldo Wald, há pouco. Assim como o contrato, a cláusula é um instrumento de informação, que despertará expectativas e a cláusula será abusiva ou o nome violará o princípio da boa-fé, justamente quando a cláusula não informar, o nome não informar. Ao contrário da idéia do **dolus malus ou bonus**, a idéia aqui é a de levar o outro a uma falsa visão da realidade, que passa a confiar que esse contrato realmente assegura uma cobertura total, uma assistência integral. Por que essa cláusula foi declarada abusiva, ou por que essa informação do título foi assim considerada? Justamente pela **valoração** que se fez de uma conduta leal, de um paradigma na sociedade.

Um outro bom exemplo da jurisprudência é o REsp. nº 23.4219/SP, do Ministro Ruy Rosado, de 15.05.2001, com a seguinte ementa: "*Seguro saúde. Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido*". Aqui observamos uma idéia ainda mais interessante para a prática dos magistrados: de que as cláusulas abusivas são abstratas, intrínsecas, estando no contrato desde o início, obviamente. Mas o importante, às vezes, não é a cláusula, mas a prática, que são atos violadores do princípio da boa-fé, do dever; por exemplo, do dever de cooperar, de bem informar as pessoas de que esse plano não cobre a AIDS, ou, como no caso concreto, os vendedo-

res ainda informavam que era o único plano que cobria a AIDS, o que induziu a erro estas várias pessoas. De qualquer maneira, a prática de não exigir exames prévios persiste até hoje e, nos contratos coletivos, quem preenche aqueles formulários, às vezes, é o empregador ou então o corretor, e não a pessoa consumidor beneficiária. Depois afirma-se que houve 'omissão' de informação por parte do indivíduo. A cláusula sempre esteve no contrato, a prática comercial é que vai 'tirá-la' daquela inércia em que ela se encontra. E cabe ao Judiciário afirmar se esta cláusula é violadora do princípio da boa-fé, da idéia de que as partes devem cooperar e não deixar dentro dos contratos verdadeiras 'armadilhas' para os seus parceiros contratuais. É dever informar quais são ou não os riscos cobertos pelas seguradoras - e aqui o Ministro menciona o dever de assegurar-se que realmente aqueles indivíduos são saudáveis.

Por fim, um exemplo do dever de cuidado. É o REsp. nº 255065/RS, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, de 05.04.2001. O tema é o mesmo: "*Seguro saúde. Cobertura. Cirrose provocada por vírus 'C'. Exclusão. Precedentes. 1. Adquirida a doença muito tempo após a assinatura do contrato, desconhecida do autor que, em outras oportunidades, obteve tratamento com reembolso, diante de situação semelhante, não há fundamento para a recusa da cobertura, ainda mais sendo de possível contaminação em decorrência do tratamento hospitalar, ocorrendo a internação diante de manifestação aguda, inesperada. 2. Recurso Especial conhecido e provido*". Aqui essa cláusula de exclusão de doença, que no caso era preexistente, estava no contrato, genérica, absoluta, e o indivíduo não sabia que era doente, ou pelo menos, na prática comercial ele recebia esse tratamento.

Gostaria de mencionar, nessa linha do seguro-saúde, uma outra decisão que me parece importante, a do Resp nº 229078, do Ministro Ruy Rosado, de 09.11.90, que expressamente considera que as cláusulas podem ser abusivas

mesmo que autorizadas por agências, hoje em dia, ou antigamente por outros órgãos do governo. Conhecemos em matéria de consórcio, o fato das cláusulas serem consideradas abusivas mesmo se previstas em portarias ministeriais. Na referida ementa, ensina o ministro: “*Seguro saúde. Exclusão da proteção. Falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal...*” (no caso era a SUNAB ainda), “...*instituído para fiscalizar a atividade da seguradora, não impede a apreciação da sua invalidade*”.

Outro detalhe importante nessa fotografia da boa-fé é o da cadeia de fornecimento, que foi mencionado aqui pelo Prof. Arnaldo Wald, isto é, quando eu vou concretizar quais são as condutas de acordo com a boa-fé, devo concretizar como um todo, em conjunto. Professor Wald usou a figura de linguagem segundo a qual os contratos são como gêmeos siameses, mas a verdade é que as cadeias de produção são muitas e essa complexidade tem que ser vista sob os olhos da boa-fé. Um bom exemplo é de seguro-saúde, assim destaque-se o REsp. nº 138059/MG, de 2001, Ministro Ari Pargendler, sobre a solidariedade. “*Civil. Responsabilidade civil. Prestação de serviços médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso Especial não conhecido*”. Esse **leading case** sobre o que é realmente essa fotografia de acordo com a boa-fé, das relações entre comerciantes, vai ser cada vez mais importante em um mundo em que praticamente tudo é oriundo de franquias, de sistemas de distribuição. Então, esses sistemas, esses modos de relacionamento entre comerciantes e entre a cadeia de comerciantes e dos consumidores devem ser visualizados de acordo com a boa-fé, isto é, uma solidariedade oriunda dessa visão, dessa interpretação da relação interna entre eles.

Por fim, gostaria de focalizar as cláusulas econômicas dos contratos. Como podemos usar o princípio da boa-fé para esta que é uma obrigação principal, isto é, prestar e pagar. Só que estas obrigações principais (não aqueles deveres anexos de informação, cooperação e cuidado, que são deveres de conduta oriundos diretamente da boa-fé) na figura de Karl Larenz, são como um edifício, mas apenas o primeiro edifício. Todo edifício tem uma sombra, na figura de Karl Larenz, isto é, a obrigação primeira (**Schuld**) tem uma sombra (**Haftung**), que é o **respondere**, a responsabilidade, garantia, a obrigação secundária. O que ocorre no contrato, é que geralmente a cláusula abusiva não ataca a primeira obrigação, isto é, a obrigação de prestar (ou raramente). Ela geralmente ataca a “sombra”, isto é, a responsabilidade ou a garantia em matéria contratual. Então, o indivíduo que tem a primeira obrigação e que não nega que tem a primeira obrigação, diminui a sombra, restringe a sombra ou, por vezes, chega mesmo a acabar com a sombra através de cláusulas de desoneração, ou de cláusulas penais, que também relacionam-se com a responsabilidade, ao preverem perdas e danos. Estas cláusulas abusivas, as cláusulas exonerativas ou limitativas, que atingem a natureza do contrato, não atacam a primeira obrigação, mas elas atacam a sombra. Trouxe, então, alguns exemplos para os senhores: EDREsp. 225136/AM, de 2001, Ministra Fátima Nancy Andrichi – “(...)É indevida a retenção de percentual das parcelas pagas, ainda que a título de compensação pelas despesas cartorárias e de publicidade, quando há reconhecimento de inadimplemento da incorporadora, para o qual não contribuiu o consumidor”. E assim também vários outros recursos especiais que, valorando, reduzem a cláusula penal, seja pelo Código Civil antigo (hoje essa permissão existe também no Código Civil novo), seja pelo artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.” Interessante nesse momento é a existência do inadimplemento do consumidor. Então vejamos: a primeira obrigação do for-

necedor foi cumprida, houve a sombra, isto é, a responsabilidade, e o inadimplemento do consumidor ou do outro. Nós temos três exemplos importantes em matéria de consumidor, que eu queria mencionar para os senhores, e que podem ser usados no que nós poderíamos chamar: “as futuras cláusulas abusivas entre comerciantes”.

O primeiro exemplo é quanto à penhora, às garantias. É o do REsp. n° 209410 de 99, relator Ministro Ruy Rosado, mas também seguido no REsp. n° 235410/99, do Ministro Sálvio de Figueiredo. Bem, aqui, se impõe um dever de boa-fé quando o credor utiliza o seu direito, por exemplo, de colocar o bem em penhora para leilão, ou hasta pública. Enfim, cada um tem um direito, e a idéia do STJ é assegurar que o direito de ser informado e o dever de informar, o direito de ser previamente comunicado, a fim de que o credor possa acompanhar a venda e exercer eventual defesa dos seus interesses, é intrínseco no caso da penhora. Uma interpretação, uma criação do juiz. O devedor é inadimplente, ele já não tem mais nada o que fazer, mas aí, mesmo aí, há uma pós-eficácia do direito de ser informado, da idéia da atuação leal, no sentido de que ele tem que ser chamado, e ele tem de poder pelo menos diminuir as suas perdas.

Um caso interessante, também relatado pelo Ministro Ruy Rosado, que me parece mais claro, é o REsp. 250523/00, sobre uma nova espécie de cláusula-mandato ou cláusula de autorização. A ementa afirma: *“Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista que é uma empresa, em conta destinada a pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula-mandato, pois enquanto esta autoriza apenas a consti-*

*tuição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor nos valores e no momento por ele escolhidos”.*

E para terminar, eu destaco também em virtude do princípio da boa-fé, a idéia do inadimplemento substancial, isto é, quando o devedor fez vários pagamentos, mas ao final, ele não consegue fazer o último; geralmente, mesmo nas relações frente a fornecedores, ele acaba perdendo esta última possibilidade de sanar, de suprir a sua mora. Mencionem-se duas decisões: uma é do Ministro Ruy Rosado e outra do Ministro Sálvio de Figueiredo. São dois casos envolvendo seguro, em que a última prestação é que não foi paga. Parece-me que esse é um exemplo de cooperação, do dever de cooperar para evitar que o outro frustre as suas expectativas, legítimas no caso do consumidor.

## **Conclusão**

Concluindo, qual seria a diferença entre o sistema que temos hoje e o que vamos começar a receber? Vamos receber um sistema muito mais ético, muito mais social, ou pelo menos com cláusulas gerais claras, com princípios belíssimos, como a função social do contrato, a boa-fé. A diferença realmente está na possibilidade do desenvolvimento do Judiciário, deste sistema genérico que é o Código Civil de 2002. Para relações entre iguais, entre comerciantes e entre civis, parece-me um sistema muito positivo, uma evolução, ou uma revolução, como mencionou o professor Arnoldo Wald. Comparando com o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, que já era preparado para uma relação entre diferentes, e que sem dúvida não vai ser afetado pelo Código Civil, mas com o qual dialogará pois esta lhe dá base fundamental, essa linha de cláusulas abusivas do Código Civil é insuficiente, e não deve ser transportada para ser aplicada no microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

O que pode haver (o que acho que seria salutar), é que essas conquistas, exemplificadas na jurisprudência que eu trouxe aqui, a maioria delas utilizando

o Código de Defesa do Consumidor, possam sim, ser transportadas para esclarecer toda a potencialidade do princípio da boa-fé, mesmo nas relações entre iguais. Os alemães, agora em 2000 e 2001, introduziram no Código Civil de 1896 a figura do consumidor, parágrafo 13. Imaginam possível um direito civil geral e social, em que uma das partes envolvidas é o consumidor. Na presença de um consumidor haverão normas ainda mais protetivas, mas esta proteção do consumidor está integrada no Código Civil, nessa idéia nova de um direito civil constitucional. A opção brasileira foi diferente: temos um Código de Defesa do Consumidor e um novo Código Civil. Eu espero que se possa colaborar com a experiência do Código de Defesa do Consumidor para interpretar essas normas do Código Civil Brasileiro, e que não seja o contrário, isto é, que não se usem as normas do Código Civil Brasileiro para diminuir a proteção dos consumidores, assegurada no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Brasileira.

## DEBATES

### Dr. Werson Rêgo

Professora Cláudia Lima Marques, a sua palestra foi por demais abrangente; veio da doutrina à prática, e desaguou na questão jurisprudencial, e a cada pergunta que eu pretendia formular, logo em seguida vinha a resposta. Nós estamos numa Escola de Magistratura, uma Escola de Magistrados, e é importante termos a visão de uma doutrinadora do seu peso, que tanto contribui para as relações de consumo, que fez um estudo bastante detalhado da evolução jurisprudencial nos últimos dez anos, até para a 4ª edição do seu livro específico sobre essa questão dos contratos, e me vem então a seguinte formulação: Durante a sua exposição foi colocada uma questão que talvez não tenha passado tão atentamente pela plateia, que foi a revolução do sistema jurídico brasileiro, com a entrada em vigor do CDC, isto é, o CDC como um instru-

mento, um parâmetro de oxigenação do ordenamento jurídico como um todo, e lembrava esses princípios que estão insertos no Código de Defesa do Consumidor, de justiça contratual, de equivalência das prestações, de boa-fé como medida de valoração de conduta, isto é, como medida de decisão. Em diversos trabalhos que o Professor Thomas Wilhemson já fez publicar na **Revista de Direito do Consumidor** que, antes de tudo é referência necessária na matéria, ele faz uma distinção entre a teoria clássica dos contratos prevista nas legislações civis de maneira ordinária e aquilo que ele vislumbrava como o novo fenômeno da contratação. Ele diz que pelo sistema tradicional, a legislação faz uma abordagem estática do contrato. E a nova sistemática adotada pelo Código do Consumidor procede a uma abordagem dinâmica, que já está reconhecida no novo Código Civil. Diz também que a teoria tradicional procede a uma abordagem atomística, uma abordagem voltada para o indivíduo, ao passo que se deve, hoje, conferir uma interpretação, uma abordagem voltada para o interesse público, para o interesse social e, portanto, mais abrangente.

Ele também vislumbrava no contrato esse instrumento de antagonismo para a relação tradicional, ao passo que, modernamente se vê o contrato como instrumento de cooperação, para que se alcance o resultado útil, ou a sua função social. Pois bem, lembrava também Robespierre, que diz que não se faz uma revolução sem uma revolução, e o Código de Defesa do Consumidor opera esta revolução, muito embora ela não se tenha feito sentir na prática por uma certa resistência inicial dos aplicadores do direito, que, com o passar dos anos, veio a ser vencida.

Diante desta premissa, desta ponderação introdutória, à luz do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, que seria uma norma de extensão da abrangência inicial, da incidência inicial do Código, eu gostaria de ponderar: como ficam os avanços que foram obti-

dos a partir da aplicação dos princípios informadores da teoria dos contratos com o Código de Defesa do Consumidor, diante de alguns retrocessos que foram reconhecidos pela nova legislação civil? Se são normas de ordem pública, à luz do artigo 425 do Código Civil, estaria o Estado, autorizado a intervir numa relação privada, para assegurar e resgatar o equilíbrio eventualmente rompido? E como deve, no seu entendimento, se posicionar a Magistratura de uma maneira geral em relação à aplicação desses princípios do Código de Defesa do Consumidor, à luz desse novo paradigma, estabelecido pelo novo Código Civil, que nos traz os princípios da eticidade, da socialidade e mais importante do que esses dois, o da operabilidade, um caráter pragmático e útil à nova legislação civil?

#### **Dra. Cláudia Lima Marques**

Primeiro, quero destacar a idéia de que o Código de Defesa do Consumidor foi muito importante no sistema jurídico brasileiro, uma revolução, mencionada pelo Dr. Rêgo. Realmente foi uma revolução, uma socialização, enfim, um momento novo da teoria contratual, que hoje é consolidado, de certa maneira, por esse Código Civil de 2002. Este, na verdade, vem dos estudos em 69, 73, 75, portanto numa época muito mais intervencionista do Estado nas relações entre pessoas. Eu, particularmente, acho que se esse Código tivesse sido redigido nos últimos cinco anos, ele não seria o que é hoje, porque o espírito atual é um espírito muito mais liberal do que o que está no Código. Basta ler com olhos 'outros' o artigo 421, que afirma o seguinte: "A liberdade será exercida em razão da função social do contrato.". Liberdade é poder, poder é direito. Então, o direito do indivíduo será exercido em razão da função do contrato! O professor Antônio Junqueira de Azevedo critica esta norma, pois considera sua premissa exagerada, uma vez que a liberdade, esta sim, é o poder, é direito, e não poderia estar baseada numa 'função soci-

al' de uma instituição. Mas a instituição é considerada tão importante, que a liberdade, aqui no caso, de contratar, só poderá ser exercida com base na função social do contrato, como afirma o artigo 421. Realmente, a época era intervencionista. O Código de Defesa do Consumidor já é de outra época, ele é dos anos 80; foi aprovado nos noventa, mas suas teorias vêm dos anos 80, em que se imaginava um Estado Social, isto é, intervencionista, mas ao mesmo tempo flexível e plural. Por isso, considero que o Código de Defesa do Consumidor regula as duas crises na sociedade: a crise da massificação, que é essa do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, mas também regula a outra crise, que é a da desmaterialização, a crise da pós-modernidade. Nós hoje já não mais 'desejamos' apenas bens móveis materiais (automóveis, geladeiras, televisões etc.); nem imóveis (como na Idade Média), na pós-modernidade, o que nós queremos são os serviços e, *data maxima venia*, eu ainda considero que o Código Civil de 2002 não está plenamente preparado para esta realidade. A sorte é que a maioria dos serviços é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas vai ficar bastante complicado atualizar esse Código para o mundo que está advindo, no qual o que realmente importa é a informação, educação, segurança, saúde, seguros, crédito, financiamento, tudo o que é tratado no Código Civil com uma visão ainda moderna.

O Código de Defesa do Consumidor em 90 preparou o Brasil, o mercado, para a virada do século XXI, já o Código Civil (seguindo analogicamente Pontes de Miranda, que afirmou que o Código Civil de 1916 'fechou' o século XIX, sem abrir o século XX), teria 'fechado' o século XX, e que o Código de defesa do consumidor, sim, de certa maneira, apesar de seu limitado campo de aplicação, teria aberto o século XXI. Dai minha primeira resposta: particularmente, acredito que, pela grande contribuição que traz em relação ao de 1916, o Código Ci-

vil de 2002 será bem aplicado nas relações intercomerciantes e relações civis, poucas existentes, como a de condomínio e o transporte. Na parte dos contratos de transporte, o Código Civil afirma querer se aplicar antes mesmo dos tratados internacionais e das leis especiais (Art. 732). Normalmente, o CC/2002 'quer' se aplicar depois das leis especiais, sob reserva as leis especiais (a não ser aquelas mencionadas pelo colega Rêgo), que foram incorporadas ao Código Civil, e estão revogadas. Então, não existe revogação tácita no Código Civil Novo, só revogação expressa; isso é uma modificação legislativa, ele revoga expressamente só o Código Civil de 1916 e uma parte do Código Comercial, e as leis que ele incorpora, e preserva segundo o artigo 2.043, que foi mencionado, as normas de natureza processual, administrativa, ou penal das leis especiais incorporadas. Ora, se o Código de Defesa do Consumidor não foi incorporado, não tem nenhuma menção de revogação expressa, então ele continua em vigor. Porém, em matéria de transporte, o artigo específico do contrato de transporte (art. 732) prevê aplicação do CC/2002 na frente das leis especiais, o que quebra um pouco o sistema normalmente de aplicação subsidiária do CC/2002.

Acredito e espero que o Código Civil de 2002 possa dar respostas equitativas às relações interempresariais. O exemplo dado pelo professor Arnaldo Wald serve para contrapor-se ao Direito do Consumidor: o artigo 6º do CDC - quebra da base do contrato - não exige imprevisão, não exige vantagem excessiva, exige apenas onerosidade excessiva para a parte vulnerável, ou consumidor. Já o artigo correspondente no Código Civil, Art. 478 exige imprevisão, exige vantagem da outra parte. No caso do leasing em dólar, não me parece que as empresas tiveram vantagem excessiva, os fornecedores queriam era transferir um risco profissional seu (a variação do dólar) para os consumidores. Mas, se tivéssemos que procurar a imprevisão, seria bastante difícil, e se a comprovás-

semos, mesmo assim, teríamos - no sistema do CC/2002 - de procurar a vantagem excessiva, provar o enriquecimento dessas empresas por terem feito esse leasing em dólar, o que também seria uma prova difícil. Entre comerciantes, parece-me que a possibilidade de revisão é menor, como no Código Civil novo, onde a possibilidade maior é de rescisão dos contratos; já o Código de Defesa do Consumidor assegura tanto a possibilidade de modificação, ou de rescisão, se for de interesse do consumidor. Geralmente o que deseja o consumidor é a modificação para reequilíbrio do contrato e sua manutenção.

Então, respondendo à última pergunta, parece-me que hoje temos de ver o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor com olhos de 2002; nesse sentido, eu trago aqui uma citação sobre a necessidade de visualização nova. Afirma a Desembargadora Elaine Harzheim Macedo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um voto em 1999: "A relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade, denominada de pós-moderna, reflexiva da globalização e acúmulo de riquezas e bens intangíveis...". "... conquanto reservadas ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação à prestação contratual e mesmo à resolução do contrato...", e conclui, "... se continuarmos a olhar o novo..." - ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, na época - "...com os olhos do velho, seja do Código Civil Brasileiro, vamos passar a ser merecedores da crítica que Pontes de Miranda já fazia: 'O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam'."

Gostaria de terminar assim a palestra, isto é, considero que o artigo 29 deve ser interpretado, hoje, com outros olhos, e olhos finalistas, olhos de proteção dos vulneráveis, especialmente das pessoas físicas. Nas relações interempresariais, em que o Código de Defesa do Consumidor foi de aplicação muito importante nos últimos dez ou doze anos, ele é hoje menos importan-

te: aos comerciantes, o Código Comercial, agora, aos comerciantes, o Código Civil! O CC/2002 traz o princípio da boa-fé, da lesão enorme, da onerosidade excessiva, mas com aquela luz tênue, que tentei mostrar para os senhores, reservando esse “holofote”, que é o Código de Defesa do Consumidor, essa luz fortíssima, para as relações efetivamente desequilibradas. Se um dos comerciantes conseguir provar concretamente que ele está exposto a uma prática comercial abusiva, portanto, que ele é ou foi vulnerável, como os exemplos o STJ demonstram (agricultores, cooperativas, clubes sem fins lucrativos), então, aplica-se o artigo 29 do CDC. Não deve haver generalização, porque hoje ele não é mais necessário. Preserva-se, assim, o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Essa, particularmente, é a minha idéia, a idéia de que o Código Civil de 2002 vai permitir uma reinterpretação do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e não das normas do Código de Defesa do Consumidor, essas sim, mantêm-se iguais, absolutas e imperativas nas relações de consumo *stricto sensu*, mas o campo de aplicação do CDC tende a diminuir, porque as relações interempresariais terão respostas, acho, justas, eqüitativas e éticas, no próprio Código Civil de 2002.

#### **Des. Luiz Roldão de F. Gomes**

Os juízes, a partir do dia 11 de janeiro de 2003, terão diante de si o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Quase todos os contratos que hoje recebem a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em vários aspectos (oferta ao público, proposta, vinculação, resolução por onerosidade excessiva) estão, praticamente todos, no Código Civil. Evidentemente, haverá um problema de eventual superposição, duplicidade de regimes jurídicos.

Então eu faria a V. Exa. a seguinte indagação: É certo que o âmbito de incidência do Código Civil é maior do que o do Código de Defesa do Consumidor, no to-

cante, sobretudo, ao princípio da boa-fé, e de cláusulas abusivas, mas não há dúvida alguma de que, de um modo geral, as diretrizes caminham no mesmo sentido: vinculação da proposta, preservação da validade do contrato sempre que puder, pelo juiz, a própria expectativa da boa-fé e, sobretudo, o sistema de cláusulas abertas. V. Exa. admitiria que o Código de Defesa do Consumidor teria sido apenas uma fluorescência antecipada de toda uma estrutura jurídica que agora emerge, vale dizer, ele é a ponta do iceberg de uma estrutura que agora emerge com o Código Civil e que não estaria absorvendo, mas se adaptaria a essas novas diretrizes, o que facilitaria, e muito, a aplicação pelos juízes do direito vigente?

#### **Dra. Cláudia Lima Marques**

Parece-me que a figura de linguagem utilizada é muito boa, isto é, o Código de Defesa do Consumidor foi a ponta do iceberg. Eu tenderia a discordar, no sentido de que - infelizmente - o iceberg do Código de Defesa do Consumidor não é o mesmo do Código de 2002. Apesar da mesma linha ideológica, parece-me que a idéia básica do Código Civil é a idéia da igualdade. Em pouquíssimos momentos, ele preocupa-se com a proteção do mais fraco, e eu tentei dar esse exemplo através do Código Civil Alemão, que é até mais antigo do que o nosso - é de 1896 - em que foram sendo feitas modificações pontuais, até essa modificação revolucionária de introduzir a figura do consumidor dentro do Código Civil, o que para nós já não é mais possível, porque, por ordem constitucional, deveríamos elaborar um Código, logo, um todo construído e visando somente a proteção dos consumidores.

O resultado concreto é que houve uma espécie de divórcio entre a proteção do mais fraco e a proteção dos iguais. Apesar das belíssimas palavras do Professor Miguel Reale, em Direito de Família realmente poder haver a proteção das crianças, se compararmos o Estatuto da Criança e do Adolescente - que, só pela idéia de estatuto, é uma lista de direitos focados na criança - constata-

remos que o Direito de Família do novo Código não está focado na criança, não está focado no mais fraco, mas sim numa certa institucionalização das entidades. Infelizmente, a parte de Direito de Família do novo Código também não está muito unitária, em virtude das várias modificações. E, na parte de contratos, o iceberg que sustentou o Código Civil são teorias dos anos 70 onde, de certa forma, se imaginava que a intervenção se daria de forma igual, no direito civil e no direito comercial.

O Código de Defesa do Consumidor já traz um outro pensamento, que já não mais depende do Direito Comercial. O iceberg do Código de Defesa do Consumidor é a idéia da resposta à chamada Teoria dos Atos Mistos: se temos um comerciante e um civil, a relação do meio não é comercial; a relação tem que ser **sui generis**, é direito do consumidor. Se temos um comerciante e outro comerciante, a relação é comercial. Se temos um civil e outro civil, a relação do meio é civil. Mas se nós temos um comerciante e um civil, a relação do meio é de consumo, de proteção do mais fraco. Por isso que essa linha de proteção dos mais fracos que realmente foi desenvolvida, pelos menos na Alemanha, na década de 80, **data maxima venia**, não foi mais incorporada ao Código Civil de 2002. O que nele foi incorporado - e que vai trazer uma contribuição enorme para a eticidade das relações - foram as teorias da boa-fé da década de 70, teorias essas que imaginavam uma intervenção no Direito Civil e Comercial.

O exemplo maior dessa década é a lei alemã de 1976 sobre cláusulas abusivas, que prevê o princípio da boa-fé sendo aplicado nas relações frente a consumidores e nas relações intercomerciantes; o mesmo princípio aplicado aí com duas ênfases: uma ênfase maior, se trata-se de consumidor, e uma menor, se trata-se de relações entre comerciantes. Ou, por exemplo, a lei portuguesa, também da década de 70, sobre condições gerais contratuais, que apresenta uma lista de cláusulas abusivas,

se a relação é entre consumidores e comerciantes, e uma outra lista de cláusulas abusivas, se a relação é entre dois comerciantes. Aqui é uma visão ainda muito forte do direito comercial, através do qual ocorre a proteção dos consumidores. Mas, infelizmente, apesar da atualização dos eminentes professores (muitos deles germanistas, como o Ministro Moreira Alves, o próprio Professor Reale), autores do novo Código Civil, eles não incorporaram as teorias dos anos 80 e só o Código de Defesa do Consumidor as incorporou. Sendo assim, realmente são dois sistemas estanques, cujo diálogo das fontes, como diz o meu mestre, Erik Jayme, terá de ser construído pela jurisprudência, pois o legislador não o fez.

A pergunta foi no sentido de o Código do Consumidor ter ou não usado a teoria do Código Civil de 2002. Infelizmente não foi verdade, e posso dizer isso de certa forma por interpretação autêntica, porque discuti este tema com o saudoso mestre da UFRGS, o Professor Clóvis do Couto Silva, que inclusive criticava o Código de Defesa do Consumidor, afirmando que essas teorias da década de 80 não estavam suficientemente provadas como boas, e que o importante eram as teorias da década de 70 e o princípio da boa-fé. Ele considerava que todo o Código de Defesa do Consumidor não era necessário, se fosse aprovado o princípio da boa-fé. Parece-me que, realmente, houve no que se refere aos autores do Código Civil de 2002, uma certa aversão ao Código de Defesa do Consumidor, às teorias que ele representa, que são teorias de uma outra década. O contrário também é verdadeiro, isto é, o Código de Defesa do Consumidor não bebeu das boas fontes do Código Civil. E esse diálogo, isto é, esta construção, o Código novo como base do Código de Defesa do Consumidor, como conceitos fundamentais, terá de ser construído pela jurisprudência pois, infelizmente, não foi realizada pelo legislador. Na minha opinião são dois icebergs flutuando lado a lado, infelizmente. ☐