

CLÁUSULAS ABUSIVAS*

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

O Des. Sylvio Capanema mostrou bem e praticamente já antecipou os fundamentos de qualquer intervenção que eu pudesse aqui fazer na matéria sobre cláusulas abusivas. Sobretudo da cláusula da boa-fé, que vai deitar suas raízes não só no direito germânico, mas também, na mais remota antigüidade, na qual todos os romanos prestigiavam a boa-fé, embora sob o caráter subjetivo. Agora, esses fundamentos já estão muito bem lançados e daí se extrai, facilmente, quando é que uma cláusula poderia ser considerada abusiva ou iníqua perante o Código de Defesa do Consumidor.

Um desafio que se propõe a todos nós, magistrados, é exatamente o da identificação de um sistema jurídico que optou pelos chamados “sistemas abertos”, ou seja, cláusulas *standards*, normas em branco, normas abertas, fundadas sobretudo na boa-fé, e que o juiz terá que identificar, em cada situação, nas espécies que lhes são submetidas a todo momento.

Surge aí o grande desafio: de que critérios se valerá o magistrado para poder rotular ou classificar como abusiva determinada cláusula? Em que sentido se deverá ter por abusiva também a cláusula?

Essa tarefa que pode parecer, a princípio, facilitada pelo elenco de cláusulas do Código, na prática, sabemos que não é, uma vez que o elenco daquelas cláusulas do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo, e vai requerer do magistrado uma acuidade, uma atenção, uma apreensão dos fatos e, sobretudo, uma segurança dos conceitos do Código de Defesa do Consumidor, para poder se pronunciar se aquela cláusula é ou não abusiva.

E essa tarefa, creio que podemos penetrar nela, a partir inclusive da conferência do Prof. Alfredo Calderale.

* Exposição realizada na EMERJ, em 27/04/2001, no Seminário: “Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu”, como debatedor, na mesa em que foi conferencista principal o Prof. Alfredo Calderale, das Universidades de Bari e Foggia, Itália. (**Rev. EMERJ** n° 14).

O nosso Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 1990, portanto, anterior à modificação ocorrida no Código Civil Italiano. E neste, ao invés de uma lei em separado, se optou em proceder à modificação do Código, na parte geral dos contratos, acrescentando, dentro da terminologia, artigo 1469 bis e aí vêm vários itens. Cada um deles, na parte geral dos contratos, mostrando exatamente a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Direito Civil e, sobretudo, a influência de seus princípios na nova teoria geral dos contratos. Vale dizer, uma releitura do próprio Código Civil sob essa perspectiva; em suma, lá se optou por essa linha e, como nós vimos aqui, na exposição do professor Calderale, esse desafio também se propõe, hoje, na Itália.

Que lições podemos extrair do que ele disse, em confronto com nossa legislação? Vamos primeiro meditar: em 1989 nosso Código; em 1993 a diretiva; 1996 modificações no Código Civil Italiano e em outros países; alguns anteriores. Em 1989, ainda os restos do Muro de Berlim, que marcam a divisão do novo período da humanidade, não haviam ainda sido recolhidos para que se desse como superada uma fase histórica e o mundo ingressasse em outra que realmente está se descerrando, que é a do mundo interligado, sem barreiras ideológicas, com dificuldades apenas de comunicação, decorrente da identidade cultural própria de cada povo, de cada País.

Hoje, estamos num mundo sem ideologias e não me esqueço, como certa feita, um grande professor e, após Ministro, o professor Afonso Arinos de Melo Franco, numa conferência que pronunciava na Faculdade de Direito da UFF, dizia: “as ideologias surgem de noite e fenecem de madrugada”. O que importa é a realidade da vida. Essa, sim, que se impõe sempre aos homens e aos fatos. E são esses fatos que se submetem e se apresentam aos juízes trazendo um desafio direto.

Podemos dizer que da metade de 1990 para cá é que, realmente, se ingressou nessa era da globalização e hoje se assiste no mundo todo a uma concorrência entre empresas na busca do consumo, o que é decisivo para a vida econômica, não só de empresas de um país, mas de um sistema mundial. Não é preciso invocar exemplos, basta que nós nos lembremos de recentes crises. Há o problema do peso na Argentina com reflexo imediato no Brasil, na balança comercial e nas vendas. Os juros baixam nos EUA, imediato reflexo aqui pela retração de procura, menos possibilidade de compras etc. Então, num mundo onde uma crise

na Rússia, na Tailândia, na Indonésia, repercute aqui imediatamente, nós não podemos pretender apenas nos orientar por categorias exclusivamente nossas.

O Professor Calderale nos deu uma demonstração em sua intervenção, de que a União Européia, atenta a essas perspectivas, vem procurando amoldar as legislações, exatamente a esse desenvolvimento que está ocorrendo, dentro de um espírito de concorrência e de competição.

Pois bem, apreendi das suas intervenções, por exemplo, a despeito da Diretiva de 1993, agasalhada no Código Civil Italiano, nos termos de cláusulas abusivas: ele deixou bem nítido que evolução vem se fazendo hoje, sobretudo no sentido de se procurar uma formalidade de todos os atos ou procurar uma garantia formal de todos os atos das relações de consumo, de modo a tornar segura, livre de qualquer dúvida, sobretudo a informação. E não mais a informação sobre o produto, mas a informação sobre o contrato de um modo geral. Então, passa-se, na sua linguagem, de uma fase de informalidade para uma nova fase de formalidade. Mas de formalidade voltada a resguardar o consumidor como um todo, não um consumidor indivíduo, visando a permitir que lhe cheguem informações com respeito não mais ao produto, mas a toda a série de transação a que ele deverá proceder.

É desse modo, por conseguinte, que o Mercado Comum Europeu está tentando se resguardar perante, talvez, outros mercados. Buscando uma disciplina uniforme em que as garantias sejam as mesmas, por via de um sistema bloqueado de cláusulas e de uma forma mais ou menos restrita, rígida, com esse objetivo. Então, o que diremos? O nosso Código de Defesa do Consumidor elenca no artigo 51, inúmeras cláusulas ditas abusivas, que no Direito Italiano dizem-se vexatórias, para ser fiel à tradição, juridicamente.

O nosso Código de Defesa do Consumidor traz um rol meramente exemplificativo, significa dizer, outras cláusulas poderão ser rotuladas como tais, além daquelas. Agora, sob quais critérios? Nenhuma delas, em si, podemos dizer que seja uma cláusula típica, no sentido de ser uma cláusula hermética, que se aplique automaticamente a uma espécie.

Todas elas vêm informadas, impregnadas pelo princípio da boa-fé, que é uma cláusula geral, como bem disse o Desembargador Sylvio Capanema: “Cláusula geral que lembra muito o artigo 554 do Código Civil, quando coíbe o mau uso da propriedade e que traz um conteúdo elástico que é preenchido pelo magistrado, em situações concretas.”

Em síntese, podemos reproduzir no final, em praticamente todas as disposições, essa cláusula geral inserta no inciso IV, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Agora, como aplicá-la a situações práticas que vão surgir? Às inúmeras situações da produção de bens, serviços e vendas de mercadorias, do nosso cotidiano? Em primeiro lugar, não há dúvida de que o critério já nos é oferecido por via da boa-fé, mas como traduzi-la em termos concretos? Bom, não se trata, evidentemente, da boa-fé subjetiva, mas sim da objetiva, que pressupõe um dever de correção e sobretudo um dever de informar. Mas todos poderiam dizer que esse dever foi frustrado, que não foi observado, que houve um inadimplemento em relação a esse dever ou a essa conduta que se exige do fornecedor de bens e do prestador de serviços antes, durante e depois de celebrado o contrato.

Essa situação é que nos desafia e verificamos, aí, que não se pode negar, e o Prof. Calderale mostrou em sua intervenção que se concede ao juiz um poder discricionário. Poder esse que não poderia faltar, analisando cada espécie, tentando classificar, rotular e verificar se ali está, ou não, uma cláusula abusiva. Mas vejamos bem: o juiz, sobretudo diante dessa tendência que já se esboça, agora, na União Européia, da formalização, compacta – formalização essa que de certo modo veda que se possam encontrar outras veredas, que não a nulidade, que é uma sanção quando há infração a uma dessas cláusulas, o juiz disporia de flexibilidade total, parcial, maior ou menor, para verificação dessas cláusulas ou não? Vale dizer, no momento em que a União Européia busca uniformidade para preservar o seu mercado único, com a formalidade dos atos que é cobrada e exigida, de que modo o juiz poderia exercer um poder discricionário, da mesma forma que entre nós também é a todo momento indagado e submetido à reflexão?

Teria limites? Esse poder discricionário poderia encontrar balizas oriundas do próprio microssistema que direcionasse a sua investigação, a sua pesquisa para identificação dessas causas? Talvez esse seja um grande desafio que se propõe, hoje, ao magistrado, não só na Europa como aqui no Brasil.

E, para podermos percorrer alguns caminhos e extrairmos ilações, temos que ter bem nítido o conceito do que seja cláusula abusiva. Essa, evidentemente, é uma cláusula que, além de atentar contra o princípio geral da boa-fé, frustra a expectativa do consumidor, e este é um dado que o juiz deve levar em conta para buscar identificá-la. A cláusula abusiva, em pri-

meiro lugar, não é uma cláusula cujo vício, como tal, se dê no curso do contrato. Porque se verificarmos que há uma situação dessa natureza no curso de um contrato, estamos na fase de sua execução e não temos como rotular de nula uma cláusula apenas porque ela se apresentou com caráter abusivo numa fase de cumprimento de obrigação do contrato.

Se ela é nula e não está privada de efeitos, e o nosso Código de Defesa do Consumidor fala em nulidade de pleno direito, então essa cláusula tem que estar identificada com a formação do próprio contrato. Ela é coetânea à formação do próprio contrato. Nisso ela se distingue da revisão de cláusula, que é uma outra situação que também a todo momento nos é submetida. Mas para tê-la como abusiva, o critério da boa-fé nos é útil, sobretudo, quando tentamos nos colocar na situação do consumidor, daquele que nutre expectativas em relação a um determinado contrato e não as vê atendidas.

Mas sob que ótica o juiz se colocaria na posição do consumidor para tentar aferir essas expectativas e chegar a uma conclusão oposta ou não? O juiz se colocaria na posição de alguém que vai refletir nas conseqüências daquele contrato: se o contrato surtiu os seus efeitos, se o contrato foi pactuado para surtir os efeitos jurídicos que lhe são inerentes e se isto era possível e era dado ao consumidor vislumbrar. É certo que o consumidor é um leigo, não vai meditar em efeitos jurídicos de um contrato e, sim, no resultado prático da operação econômica, da operação a ser celebrada. E quer me parecer que aí o juiz há de levar em conta as perspectivas não em função de um modelo jurídico, mas do resultado a que se visa alcançar com a prática daquela operação que está delineada, esboçada por via de um contrato.

Ainda assim, poderíamos indagar se o juiz não deteria uma soma de poderes excessivos ou então não estaria muito restrito na identificação dessas cláusulas? Vejam bem: primeiro, o sistema novo introduzido, das cláusulas gerais, do sistema aberto, é um sistema universal. Em alguns países as cláusulas abusivas se têm como inexistentes. Em outros, nulas, como no Direito Português, ao qual seguimos. Já no Italiano, a conseqüência é a ineficácia. Lá se optou pela ineficácia porque essa sequer é suscetível de ser tolhida por via de prescrição.

Em suma, a ineficácia é um conceito muito mais simples, singelo e que permite, inclusive, a retomada de efeitos do contrato, no momento em que desaparece aquele impedimento, que se apresentava como óbice, obstando a que se deflagrassem todas as conseqüências jurídicas.

Resumindo, o nosso Código optou pela nulidade e nulidade de pleno direito. Esse não é um termo estranho à nossa tradição jurídica. Esse termo, embora muitos sustentem que os Códigos, os microssistemas, o Código de Defesa do Consumidor tenham os seus próprios princípios de invalidade. Nulidade de pleno direito é um termo que já advém do Regulamento 737, de 1850, em que a nulidade era assim conceituada em relação à chamada nulidade mediante rescisão que carecia de ser demonstrada. A de pleno direito é aquela que se impõe de manifesto, pelo que vai ter de ser interpretada.

Vejam, então: nula de pleno direito significa, por conseguinte, uma cláusula privada de qualquer efeito, o que mais justifica que ela não tenha produzido efeitos em nenhum momento e, portanto, retroage, faz com que a sua identificação se vincule à formação do contrato. Mas não apenas isso: nulidade de pleno direito. Essa nulidade, todavia, o próprio Código diz, ela não contamina o contrato, ela fica reduzida à cláusula, em si.

E mais, o Código, com uma disposição sábia, mui útil e que parece que não existe em outros Direitos, diz no § 2º, do artigo 51: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Essa expressão apesar dos esforços de integração, quer me parecer, comete ao juiz exatamente um viés, que é aquele pelo qual indagávamos. O viés pelo qual ele pode exercer o controle sobre essas cláusulas, o que significa dizer que o juiz não está adstrito apenas à forma, ao exterior, mas penetra um pouco mais no conteúdo do próprio, por via desse esforço da integração que o Código de Defesa do Consumidor lhe reconhece para salvar o contrato e não permitir que uma cláusula o invalide totalmente, quando possa ser suprida, por esforço de integração.

Mas se o Código dá essa abertura em que medida pode o juiz ingressar e percorrer essa linha? Esse é um dado que nos desafia, e muito, porque os senhores diriam: já foi dito aqui o princípio da boa-fé. Mas esse princípio que envolve, exatamente, verificar se foi atendida uma expectativa razoável do consumidor, leva o juiz, quer quera ou não, a se colocar subjetivamente na posição do consumidor. E isso pode conduzir a uma insegurança que é contrária a toda evolução, que se processa no Direito Europeu na tutela do consumidor.

Como conciliar esse poder discricionário do juiz com essa necessidade de segurança que as relações jurídicas também impõem, não apenas

porque não desejemos, mas porque a segurança, hoje, é também um fato decisivo na concorrência no campo dos atos negociais, na concorrência empresarial, no mundo econômico e financeiro em que vivemos? A cláusula nos dá essa abertura. O critério da boa-fé conduz o juiz até inconscientemente a se colocar na posição de consumidor. O que pode levar a que ele se valha de critérios um pouco subjetivos. Ele teria de onde partir, considerando-se o texto, para extrair princípios e diretrizes? E aí tocamos num ponto que o Direito italiano talvez nos possa ser útil.

A lei italiana, ao adaptar a diretiva da União Européia, deu ênfase à boa-fé. Também se preocupou em tutelar a vulnerabilidade do consumidor. Mas, sobretudo, a lei italiana menciona um dado importante, o que é de a todo momento se preocupar com a preservação do chamado equilíbrio do contrato, o que significa dizer, o juiz não fará uma avaliação econômica do contrato, como se ele fora uma das partes, e sim, extrairá os critérios do contrato no que respeita ao equilíbrio, significa dizer, na contrapartida das prestações. E a isto ele pode proceder por segurança, sem o risco de incorrer, muitas vezes, em avaliações exclusivamente subjetivas.

E, quer me parecer, que esta é uma auto-avaliação que se justifica. Sobretudo, a partir da intervenção do professor Calderale, deve-se refletir e meditar no critério da preservação do equilíbrio do contrato como elemento informativo para aferição ou não, da abusividade das cláusulas, o que significa dizer, da sua nulidade ou não. Sabendo-se que, se for possível, deve-se, tanto quanto seja permitido, salvar o contrato, porque não interessa a uma economia globalizada, uma economia de produção em série, que as cadeias sejam rompidas. E um processo econômico hoje não é isolado, é um processo global que envolve muitos e, por conseguinte, a ruptura aqui ou ali pode comprometer todo um sistema econômico.

Os senhores diriam: mas isso aí vai exigir do juiz que esteja permanentemente detido em análises financeiras e econômicas. Não há dúvidas de que o juiz, hoje, é um homem situado em seu tempo e lugar. Ele deve estar a par do que se passa no mundo, no seu país e, sobretudo, na sua região. E, por conseguinte, ele não pode ficar alheio a tudo isso, como não pode deixar de interpretar o sentimento do homem comum, quando procura identificar as expectativas que ele nutre em relação à operação.

Mas o juiz pode e deve sem risco, sem temor, avaliar o critério do equilíbrio, e verificar se esse equilíbrio está comprometido em desfavor do consumidor, pois sem dúvida haverá neste caso uma cláusula abusiva, pre-

enchendo as normas em branco que o Código elenca. Se esse equilíbrio está preservado, o juiz deve, tanto quanto possível, e esse é um princípio que resulta do próprio direito privado moderno, aproveitar o contrato. Porque o sentido é o aproveitamento dos atos jurídicos de um modo em geral.

E depois da intervenção do professor Calderale ainda fiquei a meditar: se a União Européia já começa a enveredar por um rumo, de prestigiar o formalismo, cuja infração é punida pela nulidade, e o termo foi esse, a nulidade como sanção, se ela começa a enveredar por esse campo, porque é o único que lhe permite alcançar um mercado único para concorrer com outros, nós não podemos desprezar esse dado.

Também por que nós, aqui, não pensamos em verificar esse ou aquele dado da experiência e interpretar, o nosso Código de Defesa do Consumidor, prestigiando como sempre a boa-fé, as expectativas, mas, num contexto amplo, em que se concede, se pede, se reclama do juiz, que ele penetre no conteúdo do contrato, por via da avaliação de seu equilíbrio intrínseco? Os contratos são em geral comutativos, bilaterais, evidentemente pressupondo equivalência de prestações e que jamais isso ocorra em desfavor do consumidor.

É um dado que fica à reflexão, para que não se diga, primeiro, o que não ocorre: que os juízes brasileiros estão julgando o Direito do Código de Defesa do Consumidor como base apenas em uma opinião pessoal, do modo pelo que entendem e interpretam, como se estivessem, exclusivamente, na posição do consumidor. E que os juízes brasileiros, muitas vezes, são excessivamente benevolentes para com o consumidor e contra a empresa.

Para que não se diga – o que não corresponde à verdade - que os juízes estão tolhendo o desenvolvimento ou pelo menos a evolução, em si, do sistema financeiro e econômico, o que estaria inviabilizando a inserção desse sistema numa ordem econômica mundial nova que surge, independentemente da vontade de qualquer um de nós.

Os juízes brasileiros estão não só interpretando sentimentos do nosso povo, da nossa sociedade, como refletindo e meditando na experiência alheia. E aí nos é útil a experiência européia, poderíamos talvez caminhar para construir, edificar critérios para a identificação das cláusulas abusivas a partir do nosso próprio texto que, inclusive, é anterior à própria diretiva da União Européia e à reforma a que se procedeu nas principais legislações.

E fique então esse dado à nossa reflexão: o Brasil não pode ficar como a oitava economia do mundo, na retaguarda, sob o ponto de vista

econômico-financeiro em que a comunicação se encarregou de aproximar os homens e que nos traz critérios quase que harmônicos, nos campos financeiro, econômico e, conseqüentemente, no social.

O jurídico não há de ser um empecilho, mas um instrumento. O direito haverá de ser um instrumento para esse fim, jamais um obstáculo. Por outro lado, como temos uma legislação avançada, não se deve desprezar a experiência alheia no acompanhamento do que se passa nessa área, mas sim tentar aproveitá-lo ao máximo para, dentro da nossa legislação, em face dela, diante dela, por via dela e por meio dela encontrar os critérios que nos permitam, apenas, declarar aquilo que já sentimos.

Temos critérios e eles decorrem do resguardo da boa-fé, identificadas as legítimas expectativas do consumidor, assim considerando o homem comum diante do resultado econômico de uma operação. Toda vez que uma cláusula atente contra esses princípios, e que, sobretudo, vá comprometer o equilíbrio do contrato, que é o que se quer preservar, e esse papel só ao magistrado é reservado, sempre que isso ocorrer, e houver, então, uma cláusula abusiva, por conseguinte, nula de pleno direito, deverá ser extirpada daquele contrato, caso não possa se adaptar à lei.

Mas jamais o comprometerá em sua integralidade, porque não interessa estancar uma economia, todo segmento produtor e prestador de serviço, inclusive no âmbito financeiro, para que não haja um comprometimento da sociedade, que é vital para o crescimento e progresso do País.

Da lição do professor Calderale eu colhi toda essa reflexão e gostaria de submeter a todos os senhores, porque tudo isso demanda uma maturação de pensamento, que muitas vezes reclama dias do subconsciente e a elaboração consciente também, para chegarmos a formulações, encontros e soluções, dúvidas, retrocessos e avanços, tudo que se processa na vida.

Mas é um dado que, pelo menos, incita. A mim é o que ficou da sua conferência e que pode ser submetido à reflexão de todos nós para uma via que seja exatamente, a do fortalecimento do Judiciário Brasileiro no uso de um poder discricionário que é concedido ao magistrado no qual a sociedade confia e dele muitos esperam. Mas que jamais se identificou com o exercício arbitrário nem com o exercício puramente imaginário ou de opinião própria e subjetiva do juiz. ◆