

# A NOVA TEORIA CONTRATUAL

*J. Oliveira ASCENSÃO\**

## RESUMO

Versa-se a contraposição, no domínio do contrato, do formalismo e positivismo aos apelos à solidariedade e à Justiça que renascem na sociedade contemporânea. Busca-se uma ordem valorativa, fundada em cláusulas gerais. Mas *valorativo* não quer dizer *subjetivo*, o que levaria a um abandono ao arbítrio do julgador. Os critérios determinantes, como a proporcionalidade e a boa fé, são racionalmente controláveis. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor devem ser conjugados como base para o enquadramento substancial da validade dos contratos. Esta é a grande responsabilidade dos juristas atuais: a determinação dos princípios objetivos sobre o conteúdo dos contratos que condicionam a solução justa dos casos concretos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato. Voluntarismo. Justiça. Cláusulas gerais. Solidariedade. Valores e subjetivismo. Proporcionalidade. Racionalização. Código de Defesa do Consumidor. Papel do jurista.

**SUMÁRIO:** 1. Dialética da Justiça e da Vontade; 2. O século XX – as convulsões e o renascer do sentido social; 3. A solidariedade no vínculo contratual; 4. Uma ordem objetiva de valores, princípios e cláusulas gerais; 5. “Valorativo” e “subjetivo”. Direito e gnosiologia; 6. Não para impor a Justiça, mas para excluir a injustiça manifesta; 7. A proporcionalidade; 8. Figuras integradas

---

\* Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

ou afins; 9. A superação do arbítrio pela racionalização das cláusulas gerais; 10. A conjugação dos Códigos Civil e do Consumidor. 11. CONCLUSÃO.

## 1. Dialética da Justiça e da Vontade

Como habitualmente, não escolhi o tema, aceitei o que me foi dado. A primeira tarefa passou a ser assim a determinação da problemática em causa.

Procurando utilizações da expressão, encontrei o Enunciado n.º 167 da III Jornada de Direito Civil, em que se estabelece: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

Procuremos então caracterizar esta. Seguramente que está sob a égide da Constituição Federal de 1988, que representa o terceiro pilar dessa nova teoria – e hierarquicamente, é mesmo o pilar fundamental <sup>1</sup>.

Mas porquê uma nova teoria? Uma pequena abordagem histórico-filosófica mostra como a visão da Justiça contratual, ou dos valores implicados no conteúdo do contrato, evoluiu na civilização ocidental.

I – Na Idade-Média e até ao séc. XVIII, a Justiça foi apontada com o objetivo do Direito. Direito e Justiça quase se confundem. Disso resultam ainda hoje manifestações na linguagem corrente – por exemplo, quando se fala na Justiça para designar o conjunto dos órgãos jurisdicionais.

Semelhante entendimento implicava que o conteúdo das vinculações não fosse indiferente para a ordem jurídica, à luz da Justiça.

---

<sup>1</sup> Numa perspectiva dogmática aprofundada, Gustavo Tepedino debate a admissibilidade e limites da referência a “nova teoria contratual” em *As relações de consumo e a nova teoria contratual*, in “Temas de Direito Civil – I”, 3.ª ed., Renovar, 2004, 217 e segs., acentuando os movimentos de pulverização da ordem jurídica e a reunificação desta sob a égide da Constituição.

Havia um controlo do conteúdo dos contratos, que se traduzia em institutos como a lesão ou em princípios como *rebus sic stantibus*.

Mas houve sempre o bom senso de não estabelecer um controlo exaustivo da Justiça de cada contrato. Caso contrário dar-se-ia uma indesejável jurisdicionalização da vida corrente, com a conseqüente instabilidade social. E assim, a lesão que relevava não era toda e qualquer lesão, mas uma lesão particularmente qualificada, a *lesão enorme*<sup>2</sup>.

II – No séc. XVIII, orientações voluntaristas que haviam germinado no domínio filosófico tiveram a sua vitória histórica.

Na base filosófica está o formalismo kantiano. A realidade seria inatingível: o homem estaria presa das suas próprias categorias mentais. A meditação válida é apenas a que abstrai da realidade – por isso é formal. Cai-se assim num subjetivismo. Mesmo a ética é formal, porque se não baseia no ser mas em imperativos formais que não podem dar o conteúdo material da atuação concreta devida. Por exemplo, um imperativo como “procede como se a tua conduta devesse ser tomada como regra universal de comportamento” legitima a conduta do pedófilo que entenda que o seu comportamento deve ser tomado como regra universal.

Em conseqüência, dá-se uma grande transformação mental, em que a vontade é colocada na base da atuação individual e do sistema social. A isto corresponde o individualismo. No plano económico traduz-se no liberalismo; no plano político, na democracia.

Um sistema liberal convinha ao capitalismo que irrompia. Com todas as conseqüências do liberalismo, que logo se revelaram, antes de mais pelo domínio dos mais fortes e pelo abandono dos mais fracos.

No plano jurídico, temos a intervenção mínima, o voluntarismo e o formalismo legalista. A outra linha filosófica do séc. XVIII, ingenuamente jusracionalista, vem a confluir com esta no formalismo legalista e na autonomia da vontade. O grande princípio não é já *rebus*

---

<sup>2</sup> Que subsequente se procurou também quantificar, estabelecendo a medida a partir da qual seria relevante.

*sic stantibus, é pacta sunt servanda*. Em tudo se exalta a vontade, na autonomia da vontade, no contrato como acordo de vontades, no direito subjetivo como poder de vontade (Savigny).

Isto leva a uma abstração de elementos fundamentais do contrato. Abstrai-se da causa. Abstrai-se do tempo – o contrato é insensível à história. Abstrai-se da relação emergente do contrato, como se tudo se esgotasse no nível do encontro das vontades. Numa palavra, o contrato com o seu conteúdo real é reduzido ao esquema formal de uma suposta concordância de vontades. Isto é justificado pelo mito de uma harmonização espontânea e pela realidade inconfessa da subordinação aos poderosos, na ordem interna e na ordem internacional.

III – O séc. XIX viveu simultaneamente uma auto-satisfação e grandes perturbações. Foi teatro de oposições radicais mas dificilmente se poderá falar de uma alternativa verosímil.

Em todo o caso, a evidência da anomalia social foi avolumando as vozes críticas. No plano jurídico as manifestações tornaram-se mais fortes com o virar para o séc. XX. São marcos elucidativos a boa fé, desenvolvida na Alemanha em particular, o abuso do direito, com origem predominantemente francesa, a pressuposição de Windscheid e a seguir a base do negócio de Oertmann para acolher os efeitos da alteração de circunstâncias.

Infelizmente, esse movimento de renovação escassamente se repercute no Código Civil brasileiro de 1916. A principal razão está em o Código ter sido retardado na sua publicação, o que fez com que nascesse, não obstante a sua qualidade, sem a atualização necessária: parece ser dita dos códigos civis brasileiros. Manteve-se positivista e legalista, sem dar grandes espaços para traduzir a Justiça do conteúdo.

Todos os movimentos que relatamos e vão prosseguir no séc. XX têm um limite: são de índole subjetiva, ou ao menos subjetivante. Procuram sempre fundar-se em defeitos subjetivos, o *abuso*, a *presuposição*, a *imprevisão*... Mesmo a base do negócio de Oertmann é subjetiva, só depois lhe tendo sido dada uma leitura objetiva.

## 2. O século XX – as convulsões e o renascer do sentido social

O séc. XX viveu situações traumatizantes. Duas grandes guerras devastaram o mundo. A paz foi substituída por uma guerra fria. Multiplicam-se os Estados, frequentemente com gênese sangrenta. O terrorismo tornou-se global, tal como o império das forças económicas. No final do século, a queda do muro de Berlim trouxe pela 1.<sup>a</sup> vez uma potência hegemônica mundial.

As grandes catástrofes fizeram também surgir reações. Os movimentos sociais impõem-se, há grandes progressos em matéria de trabalho, proteção do consumidor, ambiente... Mas é muito aberrantemente o dinheiro quem governa o mundo, enquanto a solidariedade fica mais para os discursos.

O campo jurídico acompanha estas vias. Assim, após a 1.<sup>a</sup> grande guerra, a Constituição de Weimar consagra a função social da propriedade. Após a segunda, desenvolve-se o Direito do Consumidor. Manifesta-se um novo interesse pelo conteúdo das situações jurídicas.

Mas é difícil afirmar que isso implicou a imposição da Justiça do conteúdo. Particularmente na Alemanha, os juristas não se conseguiram libertar da intonação subjetivante. Seja-nos permitido referir o prestigioso Tratado de Larenz / Wolf, sobre a Parte Geral do Direito Civil. Procuram os autores de muitas maneiras avançar na relevância da Justiça do conteúdo em sectores em que isso ainda não fora trabalhado. Mas só o conseguem justificar com referências subjetivantes, afirmando sempre um vício que atinge o consentimento. É assim por exemplo que, quando há perturbação no equilíbrio das posições das partes, afirmam a existência de um vício de vontade de quem aceita, consistente na diminuição da liberdade de decidir para defesa e garantia dos seus interesses quando fosse imputável a essa diminuição<sup>3</sup> – apesar de nem sequer o temor reverencial relevar como vício da vontade, mas apenas a coação. Não poderiam fazer de outro modo, enquanto se não libertassem do dogma da impossibilidade de conhecer a Justiça, que continua subjugando a doutrina alemã.

---

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 1997, §42, particularmente II e III (n.ºs 6 a 12).

No meio de tudo isto, o ambiente evolui. A sensibilidade à injustiça das situações jurídicas expande-se. Sucessivas alterações legislativas europeias marcam o trânsito para um direito de cláusulas gerais, que permitem insuflar nova vida no corpo do Direito. Marcam-no instrumentos como o Código Civil português de 1966 e várias diretrizes comunitárias, por exemplo.

É neste ambiente que se prepara o novo Código Civil brasileiro. Traduziu uma posição, ao tempo em que o Projeto foi publicado, sólida e atualizada.

A tramitação foi atrasada. Outros factores sobrevieram, em particular a Constituição de 1988. Na seqüência desta surgiu em 1990 o Código do Consumidor, que deu execução a várias orientações constitucionais. Só em 2002 é aprovado o Código Civil, infelizmente sem a atualização que deveria ter tido, o que cria um choque deste com o espírito que animou o Código do Consumidor.

De todo o modo, o Código Civil, como instrumento fundamental da vida privada, teve o grande mérito de instaurar decisivamente o direito de cláusulas gerais de que falaremos.

### **3. A solidariedade no vínculo contratual**

Em todo este redimensionamento encontramos a prossecução do princípio constitucional da solidariedade. É o desígnio do art. 3 I da Constituição, da construção duma “sociedade livre, justa e solidária” que o anima. E, por detrás disso, está a consideração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1 III).

No domínio contratual, dá-se relevo, já não só ao contrato em sentido estrito, como acordo de vontades, mas também à relação que emerge do acordo, sobretudo nos contratos duradouros. Torna-se assim visível um duplo sentido do contrato, como acordo e como relação. Ou melhor, um sentido mais completo, em que se atende quer ao fato constitutivo quer à relação deste resultante. Afinal, o contrato não se esgota no momento inicial, abrange também o preceito contratual que daquele emerge e fica ligando as partes.

Há que considerar, numa visão institucional do contrato, dois planos:

### I – *No plano interno*

O contrato cria um nexo (relação) entre os contraentes. Até nos contratos de execução instantânea é importante tê-lo em conta, porque o contrato só se extingue quando se extinguir o último dos seus efeitos. Isso tem importância para a hipótese de cumprimento defeituoso, por exemplo.

Estabelece-se entre as partes uma exigência de lealdade muito mais intensa que para com terceiros. Estamos assim longe da mera liberdade, sem limites, de se vincularem ou não.

Dá-se o devido relevo ao sentido de continuidade e de tempo, com as alterações que provoca. É certo que as partes podem por si prever cláusulas susceptíveis de atuar de futuro, como a cláusula de *hardship* anglo-americana, que permite pedir a modificação do contrato em caso de alteração subsequente de circunstâncias<sup>4</sup>. Mas é muito insuficiente, desde logo porque é meramente eventual.

A lei intervém então, regulando a onerosidade excessiva por efeito da alteração das circunstâncias. Traduz a necessidade de manter minimamente o equilíbrio contratual, sem o que a vinculação deixa de se justificar.

Na mesma ordem de idéias se insere o *dever do credor de mitigar as perdas*. A relação intersubjetiva supõe lealdade e solidariedade. Não há regra específica que o estabeleça: nem mesmo a função social, pois esta dirige-se à repercussão para o exterior e não diretamente à relação interna. Não obstante, o enunciado n.º 169 do Conselho de Justiça Federal consagrou-o nestes termos: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Traduz igualmente a solidariedade entre as partes, neste caso do credor para o devedor.

---

<sup>4</sup> Sobre esta, veja-se Luciano Benetti Timm, *A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso da hardship*, RTDC 7/27 (06), 235.

Não nos ocupa agora a fundamentação que se procurou na cláusula da boa-fé. Importa, sim, o reconhecimento que se faz de uma solidariedade entre credor e devedor.

A autora da proposta, Vera Maria Jacob de Fradera, justifica largamente a proposta, assentando num dever de cooperação entre as partes <sup>5</sup>. Este nos parece efetivamente a base mais sólida de justificação.

Flávio Tartuce desenvolve também o tema, comentando uma sentença de 8.IX.05 (São Paulo), em que o juiz Silas Silva Santos acolhe, não só a teoria do adimplemento substancial como o dever de o credor atenuar o próprio prejuízo. O A. aplaude a decisão, procurando outros lugares da lei que a fundamentam <sup>6</sup>.

O que é relevante para nós é o reconhecimento deste dever de cooperação, que traduz a solidariedade entre as partes como elemento constitutivo de toda a relação contratual <sup>7</sup>. Esta visão despontou no início do séc. XX, nomeadamente com a teoria da instituição, que via no contrato também uma instituição; e foi-se consolidando e generalizando até ao reconhecimento contemporâneo, embora os fundamentos não sejam os mesmos de autor para autor <sup>8</sup>.

## II – *Plano externo*

No plano externo acentua-se que o contrato tem também significado perante a sociedade.

---

<sup>5</sup> Veja-se a *III Jornada de Direito Civil* do Conselho de Justiça Federal / Centro de Estudos Judiciários, Brasília, 2005, 168-178. Veja-se também Frederico Kastrup Faro, *Integração contratual e dever de cooperação: uma aproximação entre a common law e o direito continental*, RTDC, 7/28 (06), 37.

<sup>6</sup> Cfr. Sentença: *a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda (duty to mitigate the loss)*, in “A outra Face do Poder Judiciário. Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas”, 2, Del Rey, 2007, 45 e segs. (66).

<sup>7</sup> É sobre este aspecto que versa particularmente Paulo Nalin – *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, Juruá, 2002, 174 e segs. Isto o leva à definição final de contrato como *relação complexa solidária* (págs. 255-258).

<sup>8</sup> Veja-se por exemplo Arnold Wald, *Um novo Direito para uma nova economia*, in “O Direito Civil no Séc. XXI”, coord. Maria Helena Diniz / Roberto Senise Lisboa, Saraiva, 2003, 73 e segs., que assenta, como o título indica, nas transformações económicas para chegar depois à *affectio contractus*.



É esta a grande mensagem da função social do contrato, que de modo inovador o art. 421 CC veio expressamente proclamar<sup>9</sup>. Não é uma inovação absoluta, porque mesmo sem lei sempre se devia entender que tudo está sujeito, em maior ou menor medida, ao interesse coletivo. Mas é inovadora a sua proclamação, cujo fruto se manifesta já no grande número de estudos que têm sido dedicados ao tema.

O direito subjetivo foi caracterizado como uma liberdade na ordem. Tudo se integra e conjuga numa ordem social. A ingerência da lei nos contratos foi recebida com estranheza quando, na viragem para o séc. XX, as intervenções se foram acumulando. Mas exprimia apenas a verdade da relação jurídica. Tudo encontra os seus parâmetros na ordem jurídica global.

Então, o contrato é autonomia e heteronomia simultaneamente. Não deixou de haver autonomia nem esta passou sequer a representar uma componente diminuída pelo fato de ser irrecusável a intervenção heterônoma. O contrato é autônomo, porque a autonomia é essencial para haver vinculação: em princípio, não é imaginável vinculação contratual sem vontade. Mas é heterônomo, porque é integrante dum conjunto de que participa. Uma ordem, lembre-se, é a posição relativa de vários elementos que permite o desempenho duma finalidade comum<sup>10</sup>.

#### **4. Uma ordem objetiva de valores, princípios e cláusulas gerais**

A crítica ao positivismo, legalismo e formalismo no Direito generalizou-se no Brasil. Mas arriscamos afirmar que o discurso banal oculta o remédio. Qual a alternativa?

---

<sup>9</sup> “... em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>10</sup> Veja-se por exemplo o enunciado das várias modalidades de intervenções havidas em Enzo Roppo – *O Contrato*, Almedina, 1988, 319 e segs. No Brasil, José Lourenço, por exemplo, em *O dirigismo contratual, a publicização do Direito Privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato*, in “O Direito Civil no Séc. XXI” cit, 335 e segs., retoma o tema e chega à qualificação, essa já mais contestável, da heteronomia da vontade como “princípio” (n.º 2, pág. 340).

Se se elimina um critério de decisão sem dar nada em troca, o resultado é negativo. Cai-se no mero decisionismo, na decisão empírica, que franqueia o arbítrio do julgador. Ou então na solução emotiva, que torna dispensável e inútil toda a formação e reflexão jurídicas.

Pode porém objetar-se que para isso mesmo aponta o Código Civil. De fato este código, afastando-se de outras leis, imputa com grande frequência ao juiz a solução do caso. Pelo que conteria afinal um repertório de atribuições do juiz.

Tome-se como exemplo os §§ 4.º e 5.º do art. 1228, que prevêem uma extensa área que estiver na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que nela houverem realizado obras e serviços. O proprietário pode ser privado do imóvel se forem “considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” (§ 4.º). E o § 5.º determina que o “juiz fixará a justa indemnização devida ao proprietário”.

O critério de solução ficará então no alvedrio do juiz? Mas então, variará a apreciação do caso concreto consoante as concepções do juiz?

Mas a ordem jurídica é incompatível com o abandono da solução ao arbítrio, ao acaso ou aos gostos de alguém. O juiz não tem o poder de decidir casuisticamente; por isso as suas decisões são susceptíveis de recurso, para se apurar se o critério de decisão foi correto. Ao juiz cabe exprimir o critério objetivo da ordem jurídica de que todos participamos e a que cada membro se pode elevar, cuja racionalidade o orienta e os tribunais controlam por intermédio dos recursos.

No exemplo dado, o que cabe ao juiz pelo § 4.º é concretizar por valoração o conceito indeterminado ou cláusula geral de “interesse social e econômico relevante”, não antepor o seu próprio critério. Não se trata de um entendimento pessoal, ou de bom senso, ou sequer de equidade, mas da concretização do que resulta da lei.

Já no § 5.º a situação é diferente. O juiz fixará a justa indemnização: isso supõe o recurso à equidade, porque a determinação de uma medida ou grandeza quantitativa nunca pode resultar de critérios abstratos, mas sim de um juízo sobre as circunstâncias do caso concreto. Mas mesmo na equidade não há um abandono à visão

pessoal do juiz, mas antes a aplicação dum critério geral. A equidade é a Justiça do caso concreto: ao juiz cabe tirar conseqüências do circunstancialismo concreto, à luz da Justiça. E porque a Justiça é um valor de que todos participamos, a aplicação eqüitativa é susceptível de correção por via de recurso <sup>11</sup>.

A remição repetida do Código Civil para o juiz só pode assim ser explicada por antonomásia. Todos aplicamos a lei; o juiz é o aplicador por excelência, porque a aplica em última análise. A referência ao juiz engloba assim paradigmaticamente todo o aplicador do direito – todos nós. Os destinatários da norma jurídica somos todos nós, que pela aplicação construímos coletivamente a nossa ordem jurídica objetiva, concretizando princípios e cláusulas gerais, abrindo caminhos para níveis mais elevados de realização da Justiça e de outros valores, sem esquecer a segurança jurídica. Mas se de outro modo o litígio se não sanar, a última palavra cabe ao juiz.

## 5. “Valorativo” e “subjetivo”. Direito e gnosiologia

Esta transição de um Direito taxativo para um Direito valorativo choca com um modo de ver muito freqüente no Brasil, que falseia um entendimento correto.

Quando se referem cláusulas gerais, princípios e outras realidades valorativas a reação comum é: isso é subjetivo. Põe-se assim em causa a racionalidade dum ordem jurídica valorativa, porque a valoração estaria indissocialmente ligada à subjetividade.

Há aqui uma distorção muito grave, que há que ultrapassar.

Se uma ordem valorativa correspondesse a uma ordem abandonada ao critério do intérprete, teríamos afinal agravada uma anomalia que acompanhou todo o Direito taxativo do séc. XX: o pouco apego dos intérpretes aos comandos normativos. Julga-se com grande freqüência *contra legem*, porque se não gosta da solução legal. Isto tira autoridade e segurança ao Direito. Pareceria então que um Direito valorativo só viria agravar o mal presente, porque o intérprete ficaria

---

<sup>11</sup> Recorde-se que a solução por equidade só é admitida nos casos previstos por lei.

solto para entender o Direito como melhor achasse, sob a capa dos critérios “subjetivos” dados pelos valores e cláusulas gerais. Quer dizer: a nova teoria contratual viria consagrar, sob o manto pretensamente científico das cláusulas gerais, a metamorfose do que era antes uma aplicação para uma utilização “subjetiva” de cláusulas gerais.

Versar-se-ia com esta configuração num erro de base, a que apenas podemos acenar.

Será impossível a objetividade de valores e cláusulas gerais? O espírito humano estará impedido de avançar racional e objetivamente no conhecimento da realidade?

É evidente que todo o conhecimento passa pela nossa mente: nesse sentido todo o conhecimento é subjetivo. Mas isso é muito diferente de pretender que o espírito humano não se dirija a uma objetividade e não possa progredir nela, através da reflexão e do diálogo.

Correntes filosóficas radicais, como o pós-modernismo, negaram-no. Pós-modernismo não diz nada, além da mera sucessão no tempo. Mas se for entendido no sentido de negar qualquer possibilidade de conhecimento objetivo é meramente niilista. Como observa Kaufmann, se se confia na razão para criticar a objetividade do conhecimento, por que não se confia quando se trata de construir?

Também a fenomenologia é inutilizável como base da Filosofia do Direito. Se todo o objetivo de meditação é a decisão jurídica, escape o ordenamento jurídico objetivo que é base indeclinável da ordem social, instrumento indispensável à aplicação correta do Direito.

O Direito pressupõe uma ordem objetiva, não de arbítrio ou de opinião, capaz de ser coletivamente apreendida e de ser aprofundada pela reflexão.

Esse esforço incessante traz o progresso de ordem jurídica. Somos chamados a participar dele perante as circunstâncias presentes, numa interação objetivamente apreensível e consciente.

Por outro lado, não podemos esquecer que toda a comunidade é objetivamente estruturada por representações, instituições e valores comuns. São eles que a cimentam e lhe dão coerência e identidade. Há que determiná-los no ordenamento sócio-cultural brasileiro como realidade transindividual e intra-individual coletiva.

Os valores são também captados pela consciência moral, em si elemento inato, mas que se desenvolve na circunstância histórica. Podem ser aprofundados, não só na reflexão mas também pelo diálogo. Só este permite melhorar coletivamente os níveis de compreensão e dar fundamentos sócio-jurídicos sólidos ao ordenamento.

É por esta via objetiva que se compreende o que significa um Direito de cláusulas gerais. Não contém nenhuma cedência ao subjetivismo nem exige uma confiança cega no julgador. A segurança é um valor precioso (embora hierarquicamente inferior à Justiça) que não pode ser posto em causa. Não se esqueça que a aplicação de valores, princípios e cláusulas gerais não se faz pelo esmagamento de uns pelos outros mas pela busca de formas cada vez mais aperfeiçoadas de conciliação. Se perdêssemos o apoio de um sistema racionalmente comprovável perderíamos toda a segurança, com custos muito pesados para a certeza na vida comum.

A construção dum sistema objetivo de cláusulas gerais permite simultaneamente níveis mais altos de Justiça sem pôr em causa, se tiver intérpretes à altura, a segurança do sistema jurídico.

## **6. Não para impor a Justiça, mas para excluir a injustiça manifesta**

Poderá a ordem jurídica impor a Justiça contratual?

Em absoluto, não pode. Não seria operacional admitir-se que a validade de todo o contrato pudesse ser impugnada por alegada injustiça; portanto, que cada convenção (onerosa) possa ser revista para controlar se há desequilíbrio de posições. Isso criaria grande instabilidade social e uma jurisdicionalização da vida corrente a um nível tal que traria uma impossibilidade prática de execução.

Há que abandonar posições absolutistas e fixar quais os limites a que se possa chegar no controlo do conteúdo das vinculações.

O limite básico geral encontra-se no carácter “manifesto” da injustiça do conteúdo. Retoma-se assim a linha prudente medieva acima assinalada, que exigia uma injustiça qualificada para justificar a intervenção.

Esta orientação tem numerosos afloramentos no Código Civil. O art. 157, em matéria de lesão, exclui a “prestação manifestamente desproporcional”. O art. 317 exige “desproporção manifesta” entre o valor inicial da prestação e o do momento da execução. O art. 413 prevê cláusula penal de valor “manifestamente excessivo”. Usam-se também expressões de significado equivalente: o art. 478 prevê que uma prestação de uma parte se torne “excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra”<sup>12</sup>.

Há pois seguramente que generalizar. A lei só rejeita o que for abertamente injusto.

Podemos exprimir a situação alterando a fórmula. As intervenções apenas se limitam a impedir as lesões *manifestas* da Justiça; e o objetivo da intervenção do ordenamento não consiste tanto em impor a justiça como em combater a injustiça, nas suas manifestações mais clamorosas<sup>13</sup>.

O mesmo diremos a partir das outras situações.

É importante chamar a atenção para o fato de a lei brasileira não tornar a impugnabilidade da vinculação dependente de haver uma conduta reprovável da outra parte<sup>14</sup>. Não é subjetivizante, neste sentido. O próprio conteúdo objetivo da situação basta como causa de invalidade, se for manifestamente desproporcional<sup>15</sup>.

## 7. A proporcionalidade

Passamos agora à concretização destas orientações, examinando modos como valores e cláusulas gerais influenciam o conteúdo

---

<sup>12</sup> Diríamos mesmo que alguma desproporção seria sempre de admitir, mesmo no silêncio da lei, porque fazer um bom ou mau negócio está dentro da normalidade da vida, sem acarretar a rejeição social que a injustiça dá. Também nesta situação, a Justiça não é matematicamente a igualdade.

<sup>13</sup> Neste sentido, já Klaus Wilhelm Canaris, *A liberdade e a Justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”*, in “Contratos: Actualidade e Evolução”, Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1997, 49-66.

<sup>14</sup> Ao contrário do que acontece na figura portuguesa da usura, art. 282 do Código Civil.

<sup>15</sup> Em geral, não é sequer necessário que haja vantagem da outra parte. Basta que ocorra um sacrifício manifesto de um contraente. O caso do art. 478 é excepcional.

dos contratos. Limitamo-nos, como é natural, a algumas cláusulas gerais e a algumas manifestações <sup>16</sup>.

Tomemos em primeiro lugar a proporcionalidade, uma vez que esta não é objeto de atenção privilegiada no domínio do Direito Privado.

A proporcionalidade, já o dissemos, é manifestação da Justiça. Não é objeto de proclamações gerais no Código Civil (ao contrário da boa fé) mas encontram-se dela vários afloramentos tópicos.

De fato, a boa fé foi objeto de uma utilização de tal modo ampla que ficou descaracterizada. É inidônea para desempenhar todas as funções que lhe têm sido atribuídas, pelo que é urgente caracterizar outras cláusulas gerais que a complementam e são igualmente indispensáveis.

A proporcionalidade tem sobretudo guarida no Direito Constitucional, onde traduz a Justiça distributiva. Mas tem também importantes manifestações no Direito Privado <sup>17</sup>.

É muito relevante no Direito do Consumidor. Assim, muitas das cláusulas proibidas do art. 51 têm como fundamento a violação da proporcionalidade. E a cláusula geral do inc. IV, completada pelo § 1.º, traz implícito um princípio geral de proibição de cláusulas desproporcionais.

A categoria das cláusulas contratuais gerais, desenvolvida na Europa, teve como uma das suas finalidades a exclusão de cláusulas desproporcionadas. Essa categoria não passou para o Brasil, onde a matéria se divide entre as cláusulas abusivas, sejam ou não gerais, e o contrato de adesão. Este último tem porém de ser trabalhado, pois justamente entre as cláusulas do contrato de adesão que merecem controlo estão as cláusulas desrespeitadoras da proporcionalidade. É tarefa para que nos limitamos a acenar aqui.

---

<sup>16</sup> Ficam de fora muitas outras figuras. Por exemplo, a *transparência*, que vai sendo progressivamente mais acentuada, sobretudo nas relações com o consumidor. Cfr. sobre esta Joaquim de Sousa Ribeiro, *O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos*, in “Direito dos Contratos – Estudos”, Coimbra Editora, 2007, 75 e segs.

<sup>17</sup> Veja-se por exemplo Pietro Pierlingieri, *Equilibrio normativo e princípio di proporzionalità nei contratti*, in RTDC 3/12 (02), 131 e segs. (138-139).

Uma manifestação da cláusula geral da proporcionalidade encontra-se na doutrina do *adimplemento substancial*. Apesar de não haver previsão legal, é aceite predominantemente no Brasil<sup>18</sup>. E isto porque seria desproporcional permitir que o credor resolva o contrato por incumprimento quando a parte incumprida tiver muito menor relevância. Num sentido semelhante vai o art. 802/2 do Código Civil português (1966), que exclui a resolução por impossibilidade parcial se a parte não cumprida, atendendo ao interesse do credor, tiver escassa importância. É ainda significativo da evolução neste domínio o § 275/2 do BGB (Código Civil Alemão), na versão resultante da recente reforma do Livro das Obrigações, que prevê que o devedor possa recusar o cumprimento quando houver uma grande desproporção com o interesse do credor à prestação<sup>19</sup>. Concorrem aliás para este resultado outros princípios, além da proporcionalidade, como a função social do contrato, o dever de cooperação e o princípio da conservação do negócio jurídico.

Por outro lado, a proporcionalidade não é apenas quantitativa. Pode ser qualitativa. Assim acontece sempre que uma das partes se reserva faculdades que são injustificadamente recusadas à outra. Isto surge na derivação e no desenvolvimento do princípio que está subjacente à proibição de negócios leoninos.

Tem manifestações importantes no Código do Consumidor. Por exemplo, o art. 6 V deste considera expressamente direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”.

---

<sup>18</sup> Veja-se Marcos Catalán, *Adimplemento substancial*, in “A Outra Face do Poder Judiciário. Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigma”, coord. Giselda Hironaka, 2, Del Rey, 2007, 69; Anderson Schreiber, *A tríplex transformação do adimplemento – Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*, in RTDC 8/32 (07), 3.

<sup>19</sup> Completa esta evolução o § 323/5, que determina que o cumprimento defeituoso não permite resolver o contrato se tiver escassa importância. É aplicável ainda que haja mora do credor e a impossibilidade sobrevier durante a mora (n.º 6). Observe-se que estão evidentemente excluídos os casos em que houver espírito de liberalidade.



A proporcionalidade tem aplicação privilegiada sempre que há uma parte em posição dominante, de modo que as cláusulas são pré-formuladas por esta, restando à outra apenas a opção entre aceitar ou não contratar. Assim acontece em contratos como os celebrados entre franqueador e franquiado, entre seguradora e segurado e entre a empresa gestora do centro comercial e os lojistas, por exemplo. A leitura destes contratos é arrepiante, pela unilateralidade das vantagens e o desprezo total pela posição da outra parte. Aí se manifesta com cruza o homem como lobo do homem.

O legislador europeu abordou esta problemática, na seqüência da legislação alemã, pelo prisma das “cláusulas contratuais gerais”<sup>20</sup>. Não há que confundir “cláusulas contratuais gerais” com as “cláusulas gerais” que ora nos ocupam. A cláusula contratual geral é uma cláusula pré-formulada por uma parte para destinatários indeterminados, para figurar em todos os contratos daquele tipo que vier a celebrar, sem admitir discussão nem debate; não tem nada que ver com os critérios valorativos de fixação de conteúdo dos contratos a que se chama “cláusulas gerais”.

A ingerência legislativa no conteúdo dos contratos deu-se por a disparidade de poder contratual das partes o justificar<sup>21</sup>. Mas o legislador europeu não se atreveu a intervir imediatamente nos contratos singulares, mesmo que as cláusulas fossem impostas por uma parte à outra ou fossem abusivas ou injustas. Aqui divergiu do legislador brasileiro do Código do Consumidor, que nunca trabalhou a categoria das cláusulas contratuais gerais. Por um lado atacou diretamente as cláusulas abusivas e por outro regulou as cláusulas pré-formuladas por referência ao contrato de adesão. O Código Civil brasileiro prevê também o contrato de adesão mas não categoriza a figura da cláusula abusiva, o que cria problemas de ajustamento.

---

<sup>20</sup> É a terminologia portuguesa. É preferível à alemã e à italiana, que é a de “condições gerais dos contratos”. Isto leva a confundir com a *condição*, como cláusula acessória do negócio jurídico.

<sup>21</sup> Veja-se o profundo debate do tema em Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, Almedina, 1999, particularmente nas págs. 441 e segs., em que versa o controlo do conteúdo.

## 8. Figuras integradas ou afins

Devemos ainda referir figuras que têm sido autonomizadas, mas que ou se integram na proporcionalidade ou são pelo menos afins.

### I – *Proibição do excesso*

É patentemente desta natureza a figura contemplada no art. 413 CC, que manda reduzir a cláusula penal se o montante “for manifestamente excessivo”<sup>22</sup>.

Se se considerar que a proporcionalidade tem um sentido diferente e autônomo do da proibição do excesso, o que como se disse não cuidamos de indagar aqui<sup>23</sup>, teríamos em tipos destes uma nova figura, distinta da proporcionalidade mas que representaria, como esta, um afloramento da Justiça.

O mesmo se pode dizer do art. 478 CC, que fala de a vinculação se ter tornado “excessivamente onerosa, com extrema vantagem” para a outra parte.

### II – *Princípio do razoável*

Este princípio foi aprofundado pelo professor português João Baptista Machado<sup>24</sup>.

Poderia dar-se como exemplo o art. 412 CC, que exclui que o valor da cláusula penal exceda o da obrigação principal. Seria efetivamente desrazoável que o credor ficasse em melhores condições no caso de inadimplemento do que se o devedor tivesse efetivamente cumprido.

---

<sup>22</sup> “... tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

<sup>23</sup> No sentido da integração na proporcionalidade, veja-se o relato da questão por Teodomiro Noronha Cardozo no recente *O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip) e a ponderação de direitos fundamentais*, in “Revista da ESMape”, 13/27 (2008), 539. O A. inclui ainda como manifestações da proporcionalidade a adequação e a necessidade, que distingue da proporcionalidade em sentido estrito. Ocupa-se muito particularmente com a proporcionalidade como limite da “liberdade de conformação do legislador”.

<sup>24</sup> Veja-se *Obra Dispersa*, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, 457.

O mesmo está subjacente ao próprio princípio *rebus sic stantibus*. É desrazoável manter uma vinculação quando a causa ou fundamento dela se perdeu <sup>25</sup>.

### III – *Desequilíbrio na posição das partes*

Pode exprimir-se deste modo uma terceira figura, idêntica ou afim da proporcionalidade, consoante se qualifique.

São manifestação desta a maioria das cláusulas abusivas elencadas no art. 51 do Código do Consumidor, às quais corresponde a nulidade de pleno direito. Por exemplo, os incisos IX, X, XI, XII e XIII prevêem expressamente a atribuição unilateral de faculdades ao fornecedor, sem que igual direito seja conferido ao consumidor. Não há a imposição pura e simples de um princípio do equilíbrio – por isso a unilateralidade em benefício do consumidor não é afastada, o que significa que o desequilíbrio só é relevante quando qualificado pela especial vulnerabilidade do consumidor <sup>26</sup>. Não se retira pois daqui um princípio do equilíbrio contratual, que valha genericamente no Direito.

Há ainda as cláusulas gerais insertas no art. 51, como as dos incisos XV (“estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor”) e IV (“estabeleçam obrigações... que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”). A “desvantagem exagerada” é presumida nas hipóteses do § 1.º, de novo com remissão para outras cláusulas gerais. O inciso II deste prevê a restrição de “direitos e obrigações fundamentais... de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o

---

<sup>25</sup> É algo desta índole que orienta João Baptista Villela, *O plano Collor e a teoria da base negocial*, no “Repertório IOB de Jurisprudência (RJ 3)”, n.º 19/90, 4655. O autor distingue-a porém da doutrina do *rebus sic stantibus* porque entende que aquela orientação só levaria à resolução e não à modificação do contrato e que isso seria decisivo para a distinguir da base do negócio.

<sup>26</sup> Um estudo específico das cláusulas abusivas levantaria muito mais problemas. Uma reciprocidade da situação é expressamente determinada no § 2.º do art. 51. E há ainda a cláusula algo misteriosa do § 4.º, que aparentemente colocaria fornecedor e consumidor em igualdade de condições perante cláusula que “de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes”.

equilíbrio contratual”. Aqui temos a expressa previsão do equilíbrio contratual, aliás em termos que literalmente se aplicam a ambas as partes, e não só ao consumidor <sup>27</sup>.

A partir daqui, poderá ensaiar-se a extensão da cláusula a outras situações, em que não esteja já em causa em primeira linha a proteção da parte mais fraca. Haveria que apelar em primeiro lugar para a categoria dos contratos leoninos. Há uma exigência intrínseca de Justiça no repúdio de situações de grande desequilíbrio na posição das partes, quando não há espírito de liberalidade <sup>28</sup>.

Tal como nas outras duas categorias enunciadas, não verificaremos se o desequilíbrio de posições se inscreve ainda na lesão da proporcionalidade ou deve representar uma figura autônoma.

Outras figuras têm sido enunciadas, como a “justa medida”, que alguns qualificam como a proporcionalidade em sentido estrito. Mas não podemos estender mais este elenco.

## **9. A superação do arbítrio pela racionalização das cláusulas gerais**

Para que o recurso a cláusulas gerais seja produtivo é indispensável a racionalização do conteúdo destas, evitando o uso palavroso ou a mera sobreposição semântica.

Expliquemo-nos. É uma tentação limitarmo-nos à menção de valores, princípios e cláusulas gerais, sem precisar o conteúdo respetivo. Nomeadamente, é frequente recorrer-se indiscriminadamente a cláusulas gerais, acumulando-as por assim dizer, para criar o mero efeito emotivo. A própria lei cede a esta tentação. Por exemplo, o art. 51 IV do Código do Consumidor, que acabamos de referir, amontoa nada menos que cinco cláusulas gerais, ao considerar nulas as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas (?) iníquas,

---

<sup>27</sup> Não cuidamos também de saber se é assim. Observamos apenas que se está a glosar a previsão de cláusulas “que coloquem o *consumidor* em desvantagem exagerada”.

<sup>28</sup> Também aqui haveria que aprofundar os parâmetros da incidência do princípio, nomeadamente quando a parte colocada em desequilíbrio contratual se poderia ter defendido e não o fez.

abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”.

Não se deve proceder assim. Além de meter o definido na definição <sup>29</sup>, pratica-se a simples acumulação, que não resolve nada. A nossa interpretação <sup>30</sup> é a de que tudo se reduz à equidade; uma vez que esta é uma categoria mais concreta por exigir a aplicação às circunstâncias do caso, à luz do valor Justiça. Não vamos retomar a demonstração, mas indicar o que cremos ser o caminho próprio de um Direito valorativo.

Impõe-se o difícil esforço de determinar o sentido de valores, princípios e cláusulas gerais. Há que demarcar com precisão o âmbito de cada categoria. Só assim se escapa ao subjetivismo de que falamos, e portanto ao arbítrio. Só assim a aplicação do Direito é racionalmente controlável em vez de se reduzir a manifestação de vontade. Só assim se compreende também um sistema de recursos, que de outro modo seria incompreensível. Os tribunais não exprimem uma vontade mais forte, mas sim um juízo sobre a correção da aplicação do Direito que foi realizada. Não manifestam um arbítrio de grau mais elevado, mas antes um entendimento que tem por si a presunção de correção maior, pela experiência e qualidade dos seus membros.

A correspondência a um sistema de cláusulas gerais representa uma longa conquista histórica. A cláusula da boa fé, inserta em lugar central no § 242 do BGB, em 1900, permitiu vastas aplicações. Mas como não tinham sido desenvolvidas paralelamente outras cláusulas gerais, pretendeu-se abrigar tudo na boa fé, exorbitando todo o conteúdo plausível desta.

De fato, a boa fé objetiva – que é o que nos interessa – traduz-se em regras de conduta das partes, fundadas numa idéia básica de correção. Nada se adianta em reconduzir a esta outros aspetos. A onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias, por exemplo, não se baseia em quebra da boa fé no ato de se exigir o cumprimento, mas antes na circunstância objetiva de essa alteração ter feito caducar

---

<sup>29</sup> Pois se tratava de fixar o que são cláusulas *abusivas*, e se especificam como tal obrigações *abusivas*.

<sup>30</sup> Que infelizmente não podemos fundar mais precisamente neste escrito.

a base do negócio, criando a onerosidade excessiva<sup>31</sup>. O abuso do direito, por seu lado, tem o seu campo específico, que é o dos atos emulativos, não adiantando confundi-lo com outros setores<sup>32</sup>.

É muito elucidativa a tendência de reconduzir a cláusula geral da confiança à boa fé. A confiança é uma posição subjetiva, a que se tem dado em muitos setores grande relevância por seguidismo a posições extrajurídicas. Assim, na economia e na vida financeira, tudo se procurou ancorar na confiança e não na realidade econômica. As conseqüências estão à vista, na crise estrutural que atinge nestes dias o mundo inteiro.

No plano jurídico, a confiança é subjetiva também: defende a posição daquele que atuou por justificadamente ter confiado na atitude de outrem, quando há discrepância com o que vem afinal a verificar-se. A integração na boa fé, que alguns fazem, confunde tudo: confunde a boa fé (objetiva), que assenta nas regras de conduta que recaem sobre quem se relaciona na vida negocial, com a confiança (subjetiva) de quem fundadamente atuou baseado na conduta de terceiros. Confunde dois contrários, afinal, sem trazer nenhum esclarecimento.

Por isso, temos afirmado que, se a boa fé é tudo, então passa a não ser nada. Passa a ser mero estribilho com que se pretende justificação universal, sem explicar nada. Pelo contrário, o uso adequado da boa fé pressupõe que se demarque com precisão o campo que verdadeiramente lhe corresponde.

---

<sup>31</sup> Com razão observa Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – II – Das Rechtsgeschäft*, 4.<sup>a</sup> ed., Springer, 1992, § 26.3., que nada se ganha remetendo para a boa fé: o que interessa é saber como objetivamente se valora a relação anômala do contrato com a realidade.

<sup>32</sup> Sobre o abuso do direito, veja-se o nosso *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil (brasileiro)*, in Revista CEJ do Conselho da Justiça Federal – Brasília, n.º 25, ano VIII, Abr-Jun/2004, 59-69; in Revista do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, Recife – PE, n.º 56, Abr-Jun/2004, 43-73; in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, Editora Método, São Paulo, 2004, 167-190; in “Faculdade de Direito: Debate dois anos do Código Civil”, UNIVERSITAS/JUS, Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasília, n.º 11, 2004, 81-103; e in RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil (Rio de Janeiro), ano 7, vol. 25, Jan-Mar/2006, 93-118.

No que respeita à confiança, observamos que esta, como cláusula geral, não se confunde com a confiança como fundamento pré-legislativo de regras jurídicas destinadas a proteger as expectativas razoáveis das pessoas. Neste sentido a confiança não é cláusula geral, é *ratio legis*, como tal muito relevante mas para a interpretação dos preceitos em causa.

A este propósito observamos que há uma diversidade marcada entre os sistemas germânicos e latinos. Os sistemas germânicos dão a prevalência ao tráfico, o que desemboca em privilegiar a confiança depositada no mercado. Os sistemas latinos assentam na pessoa e na realidade dos direitos.

Esta dualidade avulta em muitos institutos. Assim, na celebração de contratos, nomeadamente na Internet. Na Alemanha e no Reino Unido, a publicitação de produtos ou serviços, mesmo que já com todos os elementos necessários para a perfeição de contrato, é uma mera solicitação de ofertas do público, que o fornecedor pode aceitar ou não. É uma defesa do tráfico, que encobre a defesa pura e simples do poder económico. Pelo contrário, nos países latinos é uma proposta, desde que contenha o preço e todos os restantes elementos essenciais, de modo que o contrato fica definitivo e perfeito com a aceitação do destinatário.

Perante isto, o Direito do Consumidor passou a representar, mesmo nos países germânicos, uma barreira à soberania do tráfico e com isso uma reunificação, perante a auto-suficiência do sistema<sup>33</sup>.

## 10. A conjugação dos Códigos Civil e do Consumidor

Não é verdadeiro negar as discrepâncias entre Código Civil e Código do Consumidor.

---

<sup>33</sup> Esta diversidade refrata-se também na oposição entre a prevalência da vontade e a prevalência da declaração no negócio jurídico; ou, em fórmulas mais evoluídas, entre a teoria da responsabilidade e da confiança, a primeira protegendo o declarante e a segunda o destinatário e com isso o tráfico – e portanto, essencialmente, os operadores do mercado. Mas a contraposição não se resolve com radicalismos, mas antes com a busca de uma conciliação que satisfaça na medida máxima os interesses em presença, com o mínimo sacrifício dos interesses contrapostos.

O Código Civil é sábio e suporta a estruturação dum Direito de cláusulas gerais. Infelizmente, nasceu velho e não foi objeto da revisão necessária. O Código do Consumidor adiantara-se muito mais, na transposição setorial do novo espírito ancorado na Constituição de 1988.

É verdade que o Código do Consumidor extrapola já a sua própria designação, ao prever a extensão das suas regras a não consumidores. O art. 29 previu a equiparação a consumidores das pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos capítulos V e VI <sup>34</sup>. Mas não operara uma generalização. Não há propriamente uma universalização das regras, apenas se tem em vista um universo mais amplo de pessoas vulneráveis (“expostas”).

Como conjugar então Código Civil e Código do Consumidor?

Distinguimos três círculos:

#### *I – O que é específico*

As regras que assentam na vulnerabilidade particular do consumidor não são extensivas.

Daremos como exemplo o art. 6 V do Código do Consumidor, que prevê como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Vamos limitar-nos agora à segunda parte.

A revisão que se prevê é suscetível de uma leitura objetiva ou subjetiva. Numa leitura objetiva, só seriam tomadas em conta as circunstâncias inerentes à própria relação de consumo. Na leitura subjetiva, abrangeria também a alteração de circunstâncias pessoais do consumidor, como a perda de emprego, que tornasse excessivamente onerosa a adimplência do consumidor que celebrara o contrato.

Sem cuidar de resolver agora esta questão, suponhamos que o segundo entendimento é o adequado. Teríamos então um grave desvio

---

<sup>34</sup> Epigrafados respetivamente “Das Práticas Comerciais” e “Da Proteção Contratual”.



aos princípios gerais, uma vez que circunstâncias pessoais do consumidor, a que a relação de consumo é inteiramente alheia, atingiriam não obstante o vínculo. Quer dizer, recairiam sobre o fornecedor as conseqüências de quaisquer fatos supervenientes que degradassem a capacidade de adimplir do consumidor.

Este grande desvio só poderia ter por fundamento a vulnerabilidade particular do consumidor, que seria tida em conta ainda que proviesse de causas estranhas à relação de consumo. Pressupõe uma vulnerabilidade específica que se não presume na normal relação civil.

Torna-se cristalino que semelhante regra não poderia ser generalizada. Se ela traz uma exceção<sup>35</sup> que só se funda na particular vulnerabilidade do consumidor, nenhuma razão haveria para a generalizar a situações comuns em que essa vulnerabilidade já se não encontra.

## II – *O que tem justificação universal*

No pólo oposto estão aquelas regras que se justificam por si, independentemente de uma vulnerabilidade particular dos destinatários. Admite-se então em tese a extensão por analogia a contratos em que não intervenham consumidores, salvo razão particular em contrário.

Tome-se como exemplo o contrato de adesão, regulado no art. 54 do Código do Consumidor. A matéria também é prevista no Código Civil (arts. 423 e 424). Não obstante, a regulação deste é um extremo sumária. Assim, no que respeita a cláusulas de adesão nulas, apenas uma é referida: a estipulação de renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424). E em todos os outros casos?

O Código do Consumidor não especifica no art. 54 outras cláusulas que devam ser consideradas nulas. Porém, regulará im-

---

<sup>35</sup> Efetivamente, deveria ser considerada uma regra excepcional, porque é radicalmente contrária à objetividade que marca a disciplina da onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias no Código Civil (art. 478).

diatamente antes (art. 51 a 53) as cláusulas abusivas. Poderão essas ser generalizadas, abrangendo também os contratos celebrados com não consumidores?

A resposta será provavelmente a seguinte: nem todas as cláusulas abusivas podem ser generalizadas, porque elas são em princípio destinadas a regular contratos com consumidores, pressupondo a particular debilidade destes. Mas a questão posta respeita ao contrato de adesão e não às meras cláusulas abusivas. Então a pergunta deve ser mais corretamente formulada assim: quando o contrato de adesão contiver alguma das cláusulas abusivas enumeradas no art. 51, essas cláusulas deverão ser consideradas nulas, mesmo nos contratos entre não consumidores?

“Contrato de adesão” é a designação, aliás defeituosa, que se dá ao contrato que contiver cláusulas pré-formuladas por uma das partes, em termos que a outra parte fica constituída perante a alternativa de se submeter ou não contratar. É um contrato em que há por natureza uma vulnerabilidade da outra parte, que se vê impedida de debater o conteúdo e se tem de subordinar à vontade e maior força da outra. Esta vulnerabilidade dá uma base de analogia, que permite a extensão prudente das regras do Código do Consumidor, quando defrontarmos em quaisquer outros contratos de adesão cláusulas que por este sejam consideradas abusivas.

Diremos então: as cláusulas pré-formuladas, características do contrato de adesão, são nulas, sempre que correspondam a uma modalidade de cláusula abusiva prevista no art. 51 do Código do Consumidor, ainda que insertas em contratos celebrados entre não consumidores. Isso é exigido por um princípio de Justiça. Só não será assim se houver regra ou razão particular que o impeça. Está neste caso do § 2.º do art. 54, que admite “cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor...”. A fundamentação na condição particular do consumidor impede a analogia. Provavelmente não será também extensivo o § 4.º, que exige que sejam redigidas com relevo as cláusulas limitativas de direitos do consumidor.

Note-se que a recíproca também é verdadeira: podem ser entendidas ao consumidor as previsões do Código Civil. Assim acontece

com a única restrição ao conteúdo constante do Código Civil: é nula a cláusula que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424 CC). Aqui porém não há sequer analogia mas antes aplicação direta, porque o Direito do Consumidor está sujeito à lei civil em tudo o que não for particularmente regulado.

Os grandes problemas surgem porém no domínio das *cláusulas abusivas*. O Código Civil não contém previsões sobre a matéria. As previsões do art. 51 e outras do Código do Consumidor são generalizáveis?<sup>36</sup>

Não podendo agora realizar uma análise *ex professo*, limitamo-nos a enunciar um critério geral de solução.

As previsões do Código do Consumidor que têm o sentido de suprir uma lacuna da lei brasileira, sem que seja necessário para as justificar recorrer à particular vulnerabilidade do consumidor, são generalizáveis, por se basearem num princípio geral de isonomia ou Justiça.

As restantes não podem ser generalizadas na ausência de regra que o estabeleça.

### III – *A zona cinzenta*

Entre estas duas categorias situa-se uma zona cinzenta, sobre a qual seria arriscado enunciar critérios gerais.

Então só resta apreciar caso por caso. Há que valorar, para concluir se há ou não fundamento para a extensão. E aí, as circunstâncias do caso a resolver ganham particular relevância como elemento complementar que favoreça ou desaconselhe a extensão.

Sobre isso, haverá que ter especificamente em conta as implicações das cláusulas gerais. É muito importante por exemplo apurar o que resulta da proporcionalidade, como princípio geral.

Ou avaliar se a cláusula é contrária à lealdade e solidariedade que deve ligar as partes.

---

<sup>36</sup> Não considerando já o caso particular do contrato de adesão.

Ou se tem caráter disfuncionalizante, postergando a finalidade do contrato.

## 11. CONCLUSÃO

A nova teoria contratual é a do retorno à substância e a da complementação indispensável dos enunciados legais por princípios e valorações.

Contrapõe-se assim:

- quer ao formalismo legalista, prisioneiro dos textos porque insensível a um enquadramento valorativo
- quer ao empirismo que ignora o sistema e que com isso abre as portas ao arbítrio.

Não podemos dar-nos ao luxo de perder todo o trabalho de construção jurídica com um mergulho no subjetivismo, que torna inútil a reflexão jurídica e conseqüentemente dispensável a formação do intérprete e o próprio estudo das questões.

Todos temos infelizmente a experiência de um casuismo jurisprudencial que foge a todo o controlo e com isso favorece o arbítrio e a contaminação por interesses ocultos.

A ordem jurídica é uma ordem. Sendo uma ordem, é um sistema. Não se faz aplicação correta do Direito se nos não elevarmos a esse sistema, que dá coerência às soluções e as liberta das emoções que turvam a valoração do caso concreto.

Toda a observação comparada demonstra que os países que atingem níveis jurídicos mais elevados, como a Alemanha e a Itália, são aqueles em que os juristas ou aplicadores do Direito são formados dentro de um sistema racionalmente arquitetado, que permite a coerência das soluções e a correspondência às expectativas dos destinatários. As soluções devem ser racionalmente justificadas e por isso objetivamente controláveis.

Isso pretendem os instrumentos legislativos que renovaram o ordenamento jurídico brasileiro. Pela sua novidade, reclamam um movimento de acomodação, que não é fácil. Por isso se pergunta se estaremos perante uma crise de contrato.

A haver, estaríamos perante uma crise de rotinas, mas não uma crise de contrato. Ou então, diríamos com Cláudia Lima Marques que estamos perante uma crise de crescimento<sup>37</sup>. Vive-se a transição, já atrasada, para uma situação mais correspondente à sociedade “livre, justa e solidária” que o art. 3 I da Constituição programa.

Simultaneamente, procura-se que se não chegue a um quadro demasiado invasivo da vida comum, para evitar que o excesso de intromissão estanque a criatividade social.

De qualquer modo, as exigências que neste domínio se fazem hoje ao jurista são muito maiores que anteriormente. Lembremos que jurista é todo o que tem formação para a aplicação correta do Direito – seja juiz, advogado, procurador ou desempenhe qualquer outra profissão jurídica.

O jurista é o elemento vital da nova teoria contratual. É ele que, na teoria ou na prática, terá de pôr em ação o sistema de valores, princípios e cláusulas gerais que passou a exigir-se. Tem de saber subir das palavras para os conteúdos e ser capaz de equacionar racionalmente o ordenamento, para assim chegar à solução certa – aquela que é simultaneamente valorativa e racionalmente comprovável.

Só assim é hoje possível alcançar a finalidade do Direito, que é a de alcançar por critérios comprováveis a solução justa dos casos concretos.

---

<sup>37</sup> *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.<sup>a</sup> ed., Rev. Tribunais, 2002, 150-151, citando Galvão Telles.