

## *Ação Civil Pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas \**

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO \*\*

O Capítulo VI do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trata da Proteção Contratual contém na Seção II - Das Cláusulas Abusivas - os seguintes dispositivos que interessam ao nosso estudo, *verbis*:

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....  
.....

§ 2º - 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.

§ 4º - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer outra forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Da leitura destes artigos, tal como estão redigidos, tem-se a impressão de que a ação judicial neste campo destina-se, tão-somente, à declaração, no caso concreto, de nulidade da cláusula abusiva, procurando-se, sempre que possível, manter, no que sobrar, o contrato.

Todavia, outros dispositivos legais, fora do capítulo próprio da Proteção Contratual, indicam novos caminhos processuais para o controle das cláusulas abusivas, ou que no curso do tempo se tornaram abusivas.

Assim: **a)** o art. 6º, V, permite ação de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como a revisão daquelas que se tornaram excessivamente onerosas; **b)** o art. 35, I, autoriza o ingresso do consumidor em juízo para exigir o cumprimento de obrigação que tenha sido objeto de oferta, apresentação ou publicidade; **c)** o art. 48, permite a execução específica das declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e contratos relativos às relações de consumo.

Adite-se aos exemplos já mencionados a possibilidade de tutela judicial de cláusulas abusivas gerais dos contratos — chamados contratos de adesão —, como os que regulam planos de saúde, consórcio em geral, seguros, etc. Aqui o controle judicial é difuso e se encaixa na moldura ampla do art. 83, do CDC, *verbis*:

“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar uma adequada e efetiva tutela.”

Seria um absoluto contra-senso admitir que o controle judicial somente poderia ocorrer no caso concreto — uma vez firmado o contrato — e não pudesse ser feito de forma difusa — controle geral — antes mesmo da respectiva celebração.

Veja-se, a título de exemplo, ação destinada à declaração de cláusula abusiva constante de contrato padrão para a venda de lotes integrantes de um grande loteamento. Será que se deveria aguardar a venda dos lotes para, a partir daí, ingressar com a ação competente? Evidente que não.

A defesa judicial de interesses e direitos dos consumidores em geral pode dar-se individualmente ou a título coletivo, como dispõe de forma clara o artigo 81 do CDC.

O nosso trabalho se restringe a examinar a defesa a título coletivo, via ação civil pública, e em especial o alcance deste instrumento processual como meio efetivo para alcançar as finalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Agora, após a indicação resumida dos caminhos processuais adequados para o controle das cláusulas abusivas, ficam duas importantes indagações, que interessam ao tema em estudo, sem resposta: 1) quais os interesses em jogo que autorizam a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de cláusulas contratuais abusivas? 2) é possível utilizar a ação civil pública como instrumento hábil para modificar ou rever cláusula contratual abusiva, obtendo, via sentença, nova cláusula adequada à proteção dos interesses em jogo?

Quanto à primeira indagação, cumpre destacar que a proteção dos direitos dos consumidores via ação civil pública somente será cabível nas hipóteses elencadas no art. 81, parágrafo único, n<sup>os</sup> I, II e III, do CPC, ou seja, no caso da existência de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos a resguardar.

A título de ilustração e exemplificativamente, a ação civil pública para a declaração de nulidade de cláusula constante de contrato de adesão se destina à proteção de direitos difusos de consumidores em geral, inclusive potenciais consumidores, enquanto aquela destinada à revisão de cláusula de reajuste de contrato celebrado somente no ano de 1994 se destina à proteção de direitos coletivos, ou seja, daqueles consumidores que celebraram o contrato no ano de 1994, todos, portanto, integrantes daquela relação jurídica base. Finalmente, estaremos no campo dos direitos individuais homogêneos, na medida em que a ação civil pública se destine à condenação genérica da empresa contratante, ao ressarcimento dos prejuízos indivi-

dualmente causados a cada consumidor contratante por pagamentos a maior nas prestações devidas. Aqui o direito é divisível, cada consumidor tem o seu próprio prejuízo, individualmente considerado.

Não se pretende aqui examinar a natureza e o conceito de cada um destes interesses, mas sim discutir um aspecto que tem particular relevância no nosso trabalho, qual seja: como caracterizar o interesse individual homogêneo, de sorte a permitir a sua defesa pelo Ministério Público, via ação civil pública?

O direito individual homogêneo, tal como definido no Código do Consumidor, estará caracterizado na medida em que: **a)** exista número determinado de pessoas, cada uma com a sua pretensão individual, resultante de uma situação fática comum a todos e que tipifica o direito violado; **b)** que estes interesses individuais agrupados tenham uma dimensão social, que a sua resolução coletiva possa consubstanciar-se em interesse público.

O importante não é a existência, por si só, de um número muito grande de interessados, mas sim a dimensão social que a hipótese suscita. Assim, em uma pequena comarca ou distrito com cerca de 100 habitantes, seria possível imaginar a repercussão, naquela comunidade, que um contrato com cláusula abusiva celebrado com 20 moradores acarretaria. Neste caso, a dimensão social do conflito ensejaria ação civil pública.

Passamos agora a examinar a segunda indagação, ou seja: é possível ação coletiva para declarar a nulidade de cláusula contratual abusiva e ao mesmo tempo modificá-la e substituí-la por outra, de sorte a manter o contrato íntegro? Tem o Juiz este poder?

Inicialmente, cumpre consignar que, no campo das relações de consumo, o legislador erigiu como meta e linha básica o princípio da conservação do contrato — lembre-se do texto do § 2º, do artigo 51, transcrito no início deste trabalho, e ainda, do artigo 6º, V, mencionado anteriormente.

Aqui não prevalece, em sua inteireza, o princípio milenar consubstanciado no brocardo *pacta sunt servanda*. O legislador aqui optou, como prioridade, pelo princípio da integração, “salvo se decorrer ônus excessivo a qualquer das partes” (§ 2º, artigo 51, *fine*).

Assim, neste campo, a meta é a de salvar o contrato, priorizando, se possível, a proteção do consumidor.

Não seria razoável que a possibilidade de integração, ou melhor, a conservação do contrato, após a retirada da cláusula nula, decorresse tão-somente da idoneidade do texto restante de se manter como contrato. Enfim, nesta linha, a integração somente se faria, se possível, com as cláusulas já existentes, sem modificações ou inserções. Seria uma questão de simples leitura.

É evidente que a lei ao falar de “esforços para integração” não se limita a aceitar a manutenção do contrato tal como redigido sem a cláusula declarada nula;

antes, ela incentiva a modificação da cláusula abusiva ou até mesmo a sua substituição por outra, se necessário, para manter vivo o contrato, desde que ele não apresente ônus excessivo para qualquer das partes.

Aliás, o CDC já permite, de forma expressa, no campo econômico, a modificação ou mesmo a revisão judicial do contrato em casos de prestações desproporcionais (instituto da lesão) ou que venham a se tornar excessivamente onerosas, como já examinado (artigo 6º, V).

E por que não aceitar a integração em outro campo que não o exclusivamente econômico, visando sempre alcançar o princípio da conservação do contrato, através “de ação capaz de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (artigo 83).

O artigo 48, do Código de Defesa do Consumidor, já examinado — que permite a execução específica das declarações de vontade constante de escritos particulares — abre campo para admitir a possibilidade de o Juiz concluir através da sentença um contrato, estipulando novas regras, novas cláusulas. Imagine-se, a título de exemplo, que uma quantidade imensa de consumidores seja detentora de recibos preliminares, chamados pelo fornecedor de provisórios, para uma possível entrega de determinada mercadoria, sem qualquer estipulação de prazo para tal, condição de garantia, etc. Nesta hipótese, através da ação civil pública, o Juiz, para possibilitar a efetividade de seu pronunciamento, deveria, necessariamente, regular através da sentença situações não constantes do recibo, criando cláusulas de prazo, garantia, etc.

Enfim, a sentença valeria como o próprio contrato definitivo, regulando todas as situações necessárias a permitir, na prática, a execução específica.

Não existe nenhuma novidade em permitir que o Juiz crie ou modifique cláusula contratual. Veja-se, a propósito: ação renovatória de contrato de locação; ação de regulamentação de visitas; ações coletivas na Justiça do Trabalho. Nestas últimas, a sentença coletiva substitui o contrato coletivo, ou cumpre a função dele.

Nunca se discutiu, no campo trabalhista, se o Juiz poderia ou não criar ou modificar cláusulas contratuais, por uma razão muito simples: a priorização da existência ou da manutenção de relações coletivas de trabalho, a proteção do trabalhador aqui, da relação de emprego, e lá a proteção do consumidor, da relação de consumo. Tanto um como outro interesse em jogo permitem, por opção do legislador, atividade judicial substitutiva em determinadas situações que, em regra, estariam ao abrigo única e exclusivamente dos interesses dos particulares.

Assim, na medida em que temos o interesse de uma coletividade, determinada ou indeterminada, seja via relação de consumo ou de trabalho, surge o interesse público da sociedade, do Estado revestido desta condição, em fornecer meios processuais adequados a possibilitar que estas relações sejam preservadas e não substituídas por eventuais prêmios de consolação, resultante de eventuais indenizações.

Importante agora passar a indagar quais são os limites conferidos ao Juiz para

esta integração; de que elemento, de que fontes, ele deve se valer para a integração e em que situações ela é permitida.

A integração do contrato com a modificação de cláusula abusiva ou criação de uma nova em substituição pode ocorrer com base em texto legal específico que regula aquela situação, ou, na falta dele, através da aplicação pelo Juiz de regras de experiência comum ou mesmo de regras de experiência técnica (*vide* artigo 333, do CPC).

No primeiro caso, não cabe ao Juiz inovar, ou seja, a sua atuação fica restrita a modificar ou criar cláusula nova nos limites da previsão legal. Exemplo destas hipóteses: **a)** limitação de juros a 1% ao mês; **b)** a responsabilidade solidária de empresas consorciadas pelas obrigações decorrentes do CDC (artigo 28, § 3º); **c)** o direito do consumidor à cláusula resolutória, desde que alternativa, em contrato de adesão (artigo 54, § 2º); **d)** direito à redução da cláusula penal até o limite de 2% (artigo 52, § 1º, com a redação da L. 9.298/96).

Em qualquer dessas hipóteses o Juiz não se limitará à declaração de nulidade de cláusula abusiva, antes promoverá a sua modificação ou a revisão do contrato, se for o caso, para inserir a cláusula. Assim, se a cláusula penal fosse de 50%, incidente sobre determinado valor, o Juiz modificaria a mesma, reduzindo-a para 2%, seja em benefício do consumidor ou do fornecedor.

No segundo caso, o Juiz através das regras de experiência comum ou de experiências demonstradas, seja pela observação do que ocorre naquele meio social, seja por estudos técnico-científicos, ou mesmo de perícia, procede à integração, modificando cláusula ou criando outra de sorte a manter válido o contrato celebrado.

Nesta linha, e tendo sempre em mente que a integração não pode causar ônus excessivos a nenhuma das partes, vejamos alguns exemplos da aplicação de regras de experiência:

**a)** a experiência resultante de estudos científicos que indicam a necessidade de substituição de determinada peça, especificada em centenas de contratos celebrados para a entrega futura de matéria, por outra. Aqui a ação se destinaria a condenar o fornecedor a substituir a peça, modificando, portanto, a especificação técnica, contratualmente prevista;

**b)** a regra de experiência comum de que o Índice de Preços ao Consumidor - IPC seria meio hábil a regular, em época de surto-inflacionário, o equilíbrio das prestações devidas. Aqui a ação se destinaria à declaração de nulidade de cláusula abusiva que permite ao fornecedor escolher a forma de correção que melhor atenda aos seus interesses e, ao mesmo tempo, inserir nova estipulação, via sentença, não constante do contrato, mas necessária a manter o seu equilíbrio e, portanto, a sua própria validade;

**c)** contrato de adesão para a entrega de determinado livro, via correio, sem a fixação de prazo para a entrega. Aqui a ação civil pública se destinaria a fixar —

com base na regra de experiência comum de que no Rio de Janeiro a entrega de livros, via correio, não demora mais de que 10 dias — prazo para o cumprimento da obrigação.

Enfim, as regras de experiências aqui servem para adequar os contratos de consumo àqueles princípios insculpidos como prioritários pelo Código do Consumidor: o da boa-fé; da igualdade nas contratações; da proteção do consumidor contra cláusulas iníquas e abusivas”, tendo como meta, sempre que possível, a conservação do contrato.

Para encerrar, e em abono à tese sustentada, normalmente a manutenção do contrato interessa aos próprios consumidores, coletivamente considerados. É comum que o consumidor prefira a manutenção da cláusula abusiva à rescisão do contrato, por impossibilidade de integração. No exemplo anteriormente formulado do correio, não fosse possível ao Juiz, ao mesmo tempo em que declarasse nula a cláusula que permitia a entrega do livro a qualquer tempo, criar outra fixando prazo, o contrato original não subsistiria como tal, pois ele nada disporia quanto às condições de entrega do bem.

Ficam estas linhas como ponto de partida para a discussão desta possibilidade de integração via Judiciário.

---

\* Palestra proferida no IX Curso Brasilcon de Direito do Consumidor — “Contratos de consumo - perspectivas para uma nova dogmática”, realizado no Campus da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 26/09/96.

\*\* Paulo Cezar Pinheiro Carneiro é Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ.

---