

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FABIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Serviços gráficos:* Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280  
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678  
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802  
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- Dos princípios constitucionais e da limitação do Poder regulamentar na área bancária — Arnaldo Wald ..... 5
- A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas — Luiz Gastão Paes de Barros Leães ..... 10
- Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira ? — Nelson Eizirik ..... 25
- O contrato de venda internacional de mercadorias — Eduardo Grebler ..... 34
- A “res speratae” e o “Shopping Center” — Antonio Cezar Lima da Fonseca ..... 61
- Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Luciano Amaro ..... 70

## ATUALIDADES

- O “Forfaiting” (Aspectos Técnico-Jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao Comércio Internacional — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ..... 81
- O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências — Dora Martins de Carvalho ..... 88

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Rescisão contratual — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ..... 95

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO ..... 104

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**

**ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA**

Advogado.

**ARNOLDO WALD**

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil.

**DORA MARTINS CARVALHO**

Advogada, Professora Titular de Direito Comercial.

**EDUARDO GREBLER**

Professor Assistente da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG.

**HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Doutor em Direito Comercial da USP.

**LUCIANO AMARO**

Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito Mackenzie.

**LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES**

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**NELSON EIZIRIK**

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

**RESCISÃO CONTRATUAL — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Aplicação imediata — Excessiva onerosidade de cláusula penal — Ofensa ao art. 53, "caput" da Lei 8.078/90.**

O contrato de adesão possibilita a intervenção judicial, para a correção de cláusulas excessivamente onerosas para a parte aderente. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas normas, que visam àquela proteção e defesa são de ordem pública e de interesse social (art. 1.º), considera nulas de pleno direito, cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de resolução do contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, por inadimplemento do comprador (art. 53). Esta disposição, por ser de ordem pública, aplica-se aos contratos anteriores ao referido estatuto legal, de forma a nulificar a cláusula do contrato que estabelece aquela perda.

*TJSP — Ap. Cível 197.165-2,3-SP — 11.ª Câm. Civil — Rel. Des. Pinheiro Franco — j. 22.10.92 — m.v.*

**ACÓRDÃO —** Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam, em 11.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Trata-se de ação ordinária de rescisão contratual julgada procedente, nos termos da r. sentença de fls. 58/59.

Irresignado, o réu manifestou recurso de apelação a esse Eg. Tribunal, pelas razões de fls. 66/74, aduzindo, em síntese, que não pode ser considerada válida a notificação premonitória; que o débito em atraso foi atualizado de forma equivocada; e que, em caso de rescisão do negócio jurídico, deve ser devolvida ao réu a quantia paga.

O recurso foi respondido (fls. 77/80).

Fez-se o preparo (fls. 83).

É o relatório.

Não padece de qualquer irregularidade a notificação enviada pela autora ao réu, posto que ela atendeu exatamente o que foi previsto no contrato (cláusula 12.ª), esclarecendo, ademais, que se cuidava de atraso no pagamento de prestações lá individualizadas e pertinentes ao instrumento parti-

cular de promessa de venda e compra celebrado entre as partes.

Nem se alegue, nesse passo, que pela notificação enviada não seria possível conhecer a importância devida. De fato, lá constam os valores históricos das prestações, cujos acréscimos são plenamente conhecidos, porquanto perfeitamente individualizados no contrato. A notificação endereçada ao réu pela autora não é, pois, vaga e genérica, como argumentou o réu em suas razões de apelação.

A inclusão de honorários profissionais de advogado na notificação não a torna imprestável, quer porque eles foram efetivamente contratados, quer ainda porque eles, a final, não foram cobrados.

No que concerne aos critérios de correção das parcelas da dívida, há que se observar que são os que foram fixados contratualmente (cláusula IX, às fls. 13, e cláusula 5.ª das disposições gerais, às fls. 16), conforme o bem anotado pelo nobre Magistrado singular.

Tocantemente à retenção das quantias pagas, nota-se que ela foi pedida na peça inaugural e o pedido foi contrariado na contestação, pelo simples fato de que, com o pedido de improcedência da ação, nada mais postulava o réu do que a rejeição de toda a pretensão da autora, inclusive de ver-se aquinhoadas com as parcelas pagas. A matéria é, pois, passível de apreciação neste recurso.

Cuida-se de contrato de adesão e ele deve ser interpretado a favor do réu, que não teve oportunidade de discutir os termos da avença. É evidente que uma cláusula que estabeleça que o réu perderá as importâncias pagas em caso de rescisão contratual não seria aceita se o comprador pudesse opinar sobre as suas obrigações constantes do pacto celebrado, máxime quando se sabe que em hipótese tal não há qualquer prejuízo à construtora, antes disso, até lucro, porquanto poderá vender o imóvel a outro interessado, por preço atualizado. Não há que se falar, portanto, em cláusula prefixando perdas e danos, na hipótese *sub judice*, pela simples e boa razão de que eles não existem.

Nos dias de hoje não se aceita mais o abuso da boa-fé e da premente necessidade dos adquirentes ou mutuários, particular-

mente em contratos que estipulam obrigações que não seriam acatadas dentro de um regime de normalidade, e, desta feita, há que se considerar com temperos a cláusula penal invocada pela autora, porquanto, excessivamente rigorosa, diante das circunstâncias.

Com efeito, é ler os autos e verificar de plano que o réu pagou a parcela fixa prevista no item A.1, assim como as doze primeiras prestações previstas no item B.1 e as duas parcelas iniciais mencionadas no item B.2. Isso, não pode ser entendido como parte insignificante do preço contratado, como quer a autora, e torna excessivamente onerosa para o réu a cláusula penal, de forma que a mesma deverá, sem dúvida, ser vista com reservas.

Discrepando do tipo tradicional dos contratos, cuja característica essencial era a livre discussão das condições em que se formava o negócio jurídico, o contrato de adesão distingue-se, exatamente, pela ausência total de qualquer discussão prévia sobre as cláusulas contratuais, que são, por assim dizer, impostas por um dos contratantes ao outro, que se limita a dar a sua adesão, concordando com o modelo impresso que subscreve, depois de preenchidos os espaços em branco que lhe dizem respeito. Daí porque, de um modo geral é preciso guardar, na interpretação dos contratos de adesão, um meio termo justo e razoável, que evitará os extremos condenáveis da iniquidade ou do arbitrio, isto é, um direito demasiadamente restrito ou extremamente amplo, ambos conduzindo à negação do próprio direito.

Por conseguinte, o que é preciso evitar são as deformações ou os abusos do contrato de adesão, cuja utilidade é de intuitiva evidência. E o caminho para remover aquelas ameaças constantes já foi traçado magistralmente por De Page: "Pouvoir de contrôle de la part du juge par conséquent, et rien de plus; mais pouvoir qui trouve une forme technique appropriée, à la fois suffisamment souple pour faire face à toutes les exigences et suffisamment limitée pour éviter tous les dangers, dans le principe de l'exécution de bonne foi". Em consequência e ainda na lição do mestre: "ele poderá temperar a aplicação de cláusulas excessivamente rigorosas ou excessivamente draconianas; como poderá, conforme o caso, declarar determinada cláusula não conhecida suficientemente por uma das partes, ou violada; como, ainda, poderá, mercê das regras de interpretação das convenções, interpretar o contrato contra aquele que o estipulou e em favor do aderente; ainda

que, sem o perceber, e embora guardando a maior circunspeção, ele seja arrastado a fazer, na esfera jurídica de atuação dos contratos de adesão, um pouco de política social" (*Contrato de Adesão*, Martinho Garcez Neto).

É precisamente por isso que uma cláusula objetivando a perda pelo réu das importâncias pagas em caso de rescisão contratual deve ser vista com moderação, considerando-se, ademais, que, no caso concreto, não houve e nem haverá qualquer prejuízo à construtora, mas, como se disse, até lucro, porquanto o imóvel não esteve na posse do réu em momento algum e, após terminada a sua construção, com a rescisão contratual, ficou liberado para novo negócio, com preço real de mercado.

O art. 53, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é de ordem pública, pois o são todas as normas daquele Código, estabelecidas para a proteção e defesa do consumidor (art. 1.º), em cumprimento de dois preceitos constitucionais (art. 5.º, XXXII e art. 170, V).

E isso vem estampado já no seu primeiro artigo, que preceitua que "o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5.º, XXXII, 170, V, da CF e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Muito embora controvertida a questão da retroatividade de lei que contenha comando de ordem pública e interesse social, como o Código de Defesa do Consumidor, há que se considerar aqui o entendimento isolado deste Relator no sentido de que tal lei, justamente por comportar princípios de ordem pública e de interesse social atingem os atos pretéritos que estão sendo levados por ora a julgamento.

De fato, a mesma questão foi recentemente suscitada por ocasião da aplicação da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, chamado a se pronunciar sobre a matéria jurídica em debate, por sua 3.ª Turma, no julgamento do REsp. 11.698, concluiu pela imediata incidência da lei nova nos processos em curso. O mesmo ocorreu no julgamento do REsp-MS 1.036-SP, relatado pelo eminente Min. Eduardo Ribeiro e decidido, por votação unânime, em 9.3.92 (*Boletim da AASP* 1.745).

Ainda sobre a Lei 8.009/90, que comporta também problemática de direito intertemporal, o ilustre Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, do Egrégio 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, escreveu

interessante artigo sobre o tema, estampado in *RJT/ESP* 129/17, de onde extraímos os seguintes ensinamentos:

“A nossa Colenda Suprema Corte, igualmente, não obstante atual divergência jurisprudencial, de há muito assim já havia se orientado, o mais das vezes, pela supremacia da ordem pública, como colheu o douto Prof. Limongi França da resenha de João Luís Alves e Faria Pereira: “Retroagem as leis de ordem pública, como as de organização judiciária e processuais” (Corte de Apelação, 18.7.24; *Revista de Direito*, LXXVI/568; 30.1.23, LXIX/538; 15.11.26, LXXXIII/139; 16.6.28, XCI/327; 28.12.28, *Arquivo Judiciário*, IX/290)”.

E continua o nobre Magistrado:

“Destarte, não se pode olvidar a prevalência da finalidade da lei, pois esta, segundo Eduardo Espínola e Espínola Filho, “presupõe a satisfação das necessidades sociais; logo, tem de ser aplicada imediatamente ao maior número de relações jurídicas” (a. cit., *Lei de Introdução ao Código Civil Comentada*, v. 1/347). E, a Lei 8.009/1990, evidentemente, — afastadas as demais implicações que possam gerar, veio à luz em face da situação aflitiva por que passa o País no setor habitacional, mostrando-se o Estado impotente para solucionar tão grave problema, gerado este, aliás, pelo nefasto “capitalismo selvagem” imperante. Atendendo a função social preconizada pelo art. 5.º, XXIII da Carta Magna, visou assegurar à família o verdadeiro sentido do “direito de propriedade particular”, até porque, — como ressaltou João Paulo II, sobre ela pesa sempre uma “hipoteca social”, para que os bens sirvam ao destino geral que Deus lhes deu (cf., *Mensagem de João Paulo II para a América Latina*, 1979, S. Paulo, Ed. Loyola, v. 12/106). Objetivou, desse modo, preservar a propriedade destinada à residência dessa entidade, mantendo-a a salvo dos transtornos econômicos ou financeiros de seus proprietários, como exigido pelo bem comum. E, ao lado dessa garantia ofertada ao imóvel residencial, também veio a estabelecer que os bens móveis quitados que garantam a residência do locatário, resultem igualmente impenhoráveis, obstando o agravamento da miséria ou mesmo o vexame a ser imposto aos menos afortunados, caso premidos pela inadimplência de pequenas dívidas a que foram levados, no mais das vezes pelo consumismo reinante”.

Anota, ainda, o referido Juiz que é apropriada à espécie a observação de Paul Roubier, no v. I de sua obra, ao examinar questão semelhante (*Conflicts des Lois dans le Temps*, apud RE 5.928, in RT 149/349),

no sentido de que “não existe a seus olhos nenhum motivo para distinguir a intenção do legislador formalmente expressa de sua intenção não formalmente expressa”. . . “Sem dúvida, o Juiz não deve forjar esta situação de todas as partes; é preciso que ele encontre a gênese da lei desde o verbo ou *facto concludentio*, de palavras ou de fatos que não pudessem deixar dúvida sobre a vontade do legislador; se assim é, por que recusar de dar efeito a esta vontade demonstrada?”

Também Ennecerus, Demburg, Stammler e Gény, na Alemanha e na França, — lembra o saudoso hermeneuta Prof. Alípio Silveira — “sustentam, energicamente que a tarefa do intérprete é indagar não a *voluntas legis* em si, mas a *voluntas legislatoris*, desde que, naturalmente, esta tenha passado ao texto da lei, e seja, também dele extraível” (*Hermenêutica do Direito Brasileiro*, Ed. RT, v. 1/91).

Vale lembrar, aqui, também, as doudas ponderações do ilustre advogado do réu, acentuando, às fls. 72/74, que Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. I, pp. 50-51, 7.ª ed.), ao comentar sobre a imediata aplicação de norma de ordem pública, preleciona:

“Onde quer que haja necessidade, por interesse da ordem superior, de sacrificar os direitos de outrem, não se pode negar a possibilidade da lei ter efeito retroativo, ainda que vá ferir direitos adquiridos, ato jurídico perfeito ou coisa julgada”.

Em suas *Lições Preliminares do Direito* (p. 154) o festejado Prof. Miguel Reale ensina que a aplicação imediata da lei nova, “... implica na exigência irrevogável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes, ou dos indivíduos a que se destinam”.

Assim, normas de conteúdo de ordem pública são, não só constitucionais, como também de aplicação imediata e alcançam até mesmo os contratos em curso.

Não discrepa o entendimento de Wilson de Souza Campos Batalha. Em seus comentários à *Lei de Introdução ao Código Civil*, v. II, t. I, p. 55, Ed. Max Limonad, ao analisar o problema do conflito das leis no tempo nos dá o ponto de vista de Savigny, que é o predominante. Segundo o jurista francês o princípio da irretroatividade das leis não é absoluto e tolera exceções necessárias para evitar algumas conseqüências absolutamente inaceitáveis:

“Seu ponto de vista é que, em princípio a lei nova se aplica mesmo às situações estabelecidas ou às relações formadas desde antes de sua promulgação. Este princípio é

uma conseqüência da soberania da lei e da predominância do interesse público sobre os interesses privados" (idem, p. 64).

No mesmo sentido a lição de Aubry et Rau que confirma que os direitos individuais não são absolutos, cedendo ao interesse da sociedade.

Inclusive, essa também tem sido a atual tendência jurisprudencial em situações semelhantes à presente — normas de interesse público — que vêm entendendo serem elas de aplicação imediata, anulando "cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes" (RT 656/202).

Em suma, o provimento parcial do recurso é medida de rigor porque: (I) está evidente nos autos que o réu não teve a oportunidade de discutir as cláusulas que foram colocadas no instrumento da avença, materializado em contrato de adesão; (II) está provado nos autos que a cláusula penal se tornou extremamente rigorosa, diante das circunstâncias, ou seja, do pagamento de parcela substancial do preço que, nos termos da decisão hostilizada deverá permanecer com a construtora, a despeito da rescisão contratual; (III) é inquestionável, no caso, que a cláusula penal, traduzindo perdas e danos, não pode ser exigida, pelo simples fato que não houve qualquer prejuízo à construtora; antes disso, até lucro, pois poderá vender o imóvel, novamente, beneficiada com a elevadíssima valorização imobiliária; e (IV) de se anotar, por fim, que a perda das prestações pagas, no entender desse relator, ofende o disposto no art. 53, *caput*, da Lei 8.078/90.

Por tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para ordenar a devolução das quantias pagas pelo réu, corrigidas do desembolso, reduzida a honorária a 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, mantida, no mais, a r. sentença.

Presidiu o julgamento, com voto, o Des. Salles Penteado e dele participou, além do signatário, o Des. Itamar Gaino (revisor).

São Paulo, 22 de outubro de 1992 — *Pinheiro Franco*, relator — *Salles Penteado*, vencido, com declaração de voto em separado.

**VOTO VENCIDO DO DES. SALLES PENTEADO** — Meu voto nega provimento à apelação, confirmando integralmente a sentença.

Divirjo, portanto, *data venia*, da douta maioria, no ponto em que esta determinou a restituição das quantias pagas pelo réu, corrigidas desde o desembolso, reduzida a honorária a 10% do valor atualizado da causa.

Para assim decidir, dando provimento parcial à apelação, fundaram-se os votos vencedores em argumentos, que se resumem da seguinte maneira:

1.º) O contrato em causa é de adesão, o que possibilita a intervenção judicial, para a correção de cláusulas excessivamente onerosas para a parte aderente.

2.º) O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas normas, que visam àquela proteção e defesa são de ordem pública e de interesse social (art. 1.º), considera nulas de pleno direito, cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas, no caso de resolução do contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, por inadimplemento do comprador (art. 53). Esta disposição, por ser de ordem pública, aplica-se aos contratos anteriores ao referido estatuto legal, de forma a nulificar a cláusula 12.ª do contrato objeto deste processo, que estabelece aquela perda (fls. 20).

3.º) A mencionada cláusula, que se destina a indenizar perdas e danos, não pode ter aplicação na espécie, porque nem dano nem perda sofreu a apelada, que até se beneficia com a recuperação do apartamento valorizado.

Estes argumentos, *salva reverentia*, não convencem.

Não parece, em primeiro lugar, correto classificar o contrato em causa, uma promessa de venda imobiliária, como de adesão.

Veja-se o que diz, a respeito de tais contratos, Henri De Page, autor de cujos ensinamentos se valeu o ilustre Relator deste feito.

Lê-se, no *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge* daquele eminente civilista, em seu t. 2.º, p. 472 (Bruxelas-Paris, 1933), que:

"Dans la plupart des cas, le contrat-type, dit d'adhésion, est l'oeuvre d'une partie qui jouit d'un *monopole économique*, de fait ou de droit à l'égard d'un *service de première nécessité*, et que, dans ces conditions, l'adhésion est forcée parce qu'on n'est pas libre De Ne Pas Contracter, ou tout au moins de s'adresser à un autre offrant, dans les cas où il y a suppression de concurrence *de droit ou de fait* (entente entre tous les détenteurs du monopole). La liberté juridique devient alors un leurre, et il y a, en réalité, un *état de contrainte* qui se substitue à elle, situation dont le droit ne peut pas ne pas tenir compte si elle s'avère susceptible de donner *naissance* à les abus" (os destaques, inclusive o que vem em maiúsculas são do próprio Autor).

Ora, não se vê por que motivo se haveria de entender que o apelante, no caso dos autos, não estivesse livre de não contratar.



A apelada não exerce monopólio, nem de direito, nem de fato, do mercado imobiliário.

Poderia o apelante, sem dúvida, se não lhe convinha o contrato que subscreveu, dirigir-se a outro ofertante de apartamento à venda.

Nem se cuida, aqui, de um serviço de primeira necessidade.

"Le contrat d'adhésion", ensina o mesmo Autor acima citado (ob. et cits., p. 474), "précisément parce qu'il émane d'un service public ou indispensable à la vie en société, ne peut pas être traité comme un contrat de pur intérêt privé".

Não há dúvida de que existe um grave problema social, relativo à moradia.

Mas, quem oferece imóveis à venda, não exerce um serviço público.

Nem existe monopólio algum, de fato ou de direito, no mercado imobiliário.

Nada, absolutamente nada, nos autos, demonstra que o apelante, se não adquirisse o apartamento do qual cuidam os autos, não poderia residir.

Esta necessidade de contratar e de, por isso, aderir às cláusulas previamente fixadas pela outra parte, é que caracteriza o contrato de adesão.

"O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar ou deixar de viajar, mas se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo". O ensinamento é de Orlando Gomes (*Contratos*, p. 142, 6.ª ed., Forense, 1977).

Não se vê dos autos que o apelante estivesse em tal necessidade de adquirir um apartamento, sob pena de não morar.

Mas não é só isso.

Não se vê dos autos que o apelante só pudesse resolver seu problema de moradia (isto, admitindo-se que o morar fosse, efetivamente, para ele um problema que solucionar), adquirindo um apartamento no prédio de que cuidam os autos, por exercer a apelada um monopólio, de fato ou de direito, do mercado imobiliário.

Portanto, *data venia*, os argumentos tirados da doutrina relativa ao contrato de

adesão não ajudam ao que decidiu a maioria da Turma Julgadora.

Quanto à incidência ou não na espécie do art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de forma a se considerar nula de pleno direito a cláusula contratual que prevê a perda total das prestações pagas pelo apelante, a meu ver, sem embargo do respeito devido ao entendimento vitorioso, o que decidiu a ilustrada maioria viola o inc. XXXVI do art. 5.º da Constituição da República, que assegura a intangibilidade, pela lei nova, do ato jurídico perfeito.

Note-se, em primeiro lugar, que a Constituição não faz a ressalva aceita pela douta maioria.

O ato jurídico perfeito é garantido, sem restrições, contra a incidência da lei nova, seja esta ou não de ordem pública.

Por outro lado, o Código coloca a matéria no campo da teoria das nulidades (*verbis*: "consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas...").

Ora, a nulidade ocorre por falta de um pressuposto do negócio jurídico e, portanto, se verifica, como diz Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, p. 469, Turim, 1960), "nel momento stesso, in cui il negozio viene in essere o deve prendere vigore".

Nulidade é hipótese de invalidez do negócio e, portanto, "un vizio nella genesi del negozio", o que a distingue de casos de ineficácia, como os de revogação, de rescisão, de redução, de resolução, como observa ainda Betti (ob. cit., p. 467).

É verdade que este mesmo Autor refere-se, também, à invalidez superveniente.

Mas, neste caso o que há, propriamente, é uma invalidação: "una sorta di caducità", que afeta negócios de efeitos diferidos, explica aquele mesmo doutrinador (ob. cit., p. 488).

O negócio nulo é, no sentido próprio, inválido; inválido, porque viciado "nella genesi".

Portanto, dizendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que são "nulas de pleno direito cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas", não pode estar a referir-se a contratos já celebrados, sem vício algum "nella genesi".

Além disso, como ensina Paul Roubier (*Les Conflits de Lois dans le Temps*, t. 11, pp. 123-124, ed. de 1933), se a lei é pura e simplesmente contratual, deve ser preservado, em todo seu valor "le principe d'après lequel les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours".

"Et Il n'importe en rien", continua o mencionado Autor (*ibidem*) "que des lois

nouvelles viennet modifier leur liberté, et leur assinent d'autres limites par des dispositions impératives ou d'ordre public (grifos nossos), carles particulers ont contracté en tenant compte des lois en vigueur et n'avaient pas à prendre souci des lois qui porraient postérieurement les modifier”.

Aliás, tratando da cláusula penal, instituto que agora nos interessa, escreve ainda aquele reputadíssimo doutrinador, também citado pelo eminente Relator deste feito:

“Une loi nouvelle sera-t-elle sans influence sur une clause de non-responsabilité, ou sur une clause pénale antérieurement stipulé. Ici d'ailleurs nous entrons dans un domaine propre aux obligations contractuelle, et le principe est que la loi nouvelle ne peut avoir d'effet sur les contrats en cours”.

Não há, pois, como fundar na ordem pública a aplicação do art. 55 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor à espécie dos autos.

Resta apreciar o argumento, segundo o qual a cláusula aqui debatida não tem apli-

cação na espécie, porque a apelada não sofreu prejuízo e porque importa em ônus excessivo para o apelante.

Este argumento, *data venia*, colide de frente com o art. 927 do Código Civil, que dispensa o credor, até, de alegar prejuízo, para exigir a pena convencional e que veda ao devedor eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

“A pena é estabelecida para evitar-se a discussão das perdas e danos; conseqüentemente, não há que debater a matéria. As partes, previamente, assentaram que a inexecução ou a mora seria prejudicial. É uma presunção, que favorece o credor, e que se não destrói por alegações contrárias do devedor”.

A lição é de Clóvis (*Código Civil Comentado*, v. IV, pp. 74-75, Liv. Francisco Alves, 1946).

Por estes fundamentos, meu voto, sem embargo do brilho da argumentação desenvolvida pela maioria, nega provimento à apelação, para confirmar integralmente a sentença.

## COMENTARIO

Trata-se de decisão que analisa, nos pontos mais importantes, a natureza e os efeitos de cláusula de contrato de compra e venda de imóvel, onde se estabelecia a perda pelo comprador das importâncias pagas, em caso de rescisão contratual.

A maioria dos julgadores entendeu estar diante de um contrato de adesão, a ser resolvido pelo recurso ao art. 53, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, mesmo considerando ser essa lei posterior à celebração do contrato impugnado na cláusula referida, tendo opinado no sentido de sua aplicação retroativa.

Como se sabe, o art. 53, *caput* do Código de Defesa do Consumidor inquina de nulidade *pleno jure*, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, as cláusulas estabelecidas da perda total das prestações

pagas em benefício do credor, que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

### 1. Os argumentos da maioria

Vejamos, esquematicamente, quais foram os argumentos da maioria.

No tocante à qualificação do contrato, a decisão dos julgadores vitoriosos não se preocupou em analisá-la de forma mais extensa, simplesmente declarando cuidar-se “de contrato de adesão” a ser “interpretado em favor do réu, que não teve oportunidade de discutir os termos da avença”.

Colocando-se imaginariamente no lugar do comprador, os Juízes declararam que, se aquele pudesse opinar sobre as suas obrigações, constantes do pacto celebrado, não as teria aceito, dentro de um regime de normalidade.

Passando a discutir a retroatividade da lei — no caso, o Código de Defesa do Consumidor — os Juízes vencedores esposaram os seguintes argumentos:

a) As regras dos arts. 5.º, XXXII e 170 da CF são de ordem pública e, portanto, têm a mesma natureza o Código de Defesa do Consumidor baseado naqueles textos da Magna Carta, nos próprios termos de seu art. 1.º.

b) As leis de ordem pública retroagem, de acordo com entendimento jurisprudencial, inclusive da Suprema Corte, tendo apontado alguns julgados referentes à Lei 8.009/90, sobre a impenhorabilidade do bem de família. Em situações como essa, deve prevalecer a finalidade da lei, na satisfação das necessidades sociais, tendo de ser aplicada imediatamente, ao maior número de relações jurídicas.

c) Ao intérprete cabe indagar não a *voluntas legis* em si, mas a *voluntas legislatoris*, desde que, naturalmente, esta tenha passado ao texto da lei e seja também dele extraível, segundo ensinamento de Alípio da Silveira.

## 2. A posição do voto vencido

No voto vencido, o ilustre Des. Salles Penteadado discordou da classificação do acordo em tela como de adesão, não vendo nele as condições para tanto estabelecidas na doutrina, quais sejam, a existência de um monopólio econômico de fato ou de direito, no exercício de um serviço de primeira necessidade.

Segundo esse julgador, a construtora não exercia monopólio no mercado imobiliário, sendo facultado ao adquirente procurar outra empresa, no momento em que verificasse a onerosidade excessiva da cláusula de perda das prestações por ocasião do seu inadimplemento.

Por outro lado, embora reconhecendo a existência de um grave problema

social no Brasil, referente à dificuldade de moradia, não viu o Des. vencido o exercício de um serviço público a cargo da construtora, como ocorre, por exemplo, no caso dos transportes públicos, mesmo explorados por particulares, em caso de necessidade premente de uma viagem e da imposição de condições injustas pelo transportador.

No tocante à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o voto vencido atacou a orientação adotada pela maioria, tendo visto ali a violação do inc. XXXVI do art. 5.º da CF, ou seja, ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

## 3. Nosso comentário

Como visto acima, os pontos em discussão apresentam alta relevância e atualidade.

É necessário saber-se, diante da controvérsia suscitada entre os julgadores, se estamos diante de um caso de aplicação do chamado direito alternativo (pela maioria) ou, ao invés disso, se a referida maioria foi corretamente vitoriosa diante de uma posição retrógrada (representada por uma possível visão estreita da realidade jurídica, na forma do voto vencido).

Focalizando a atenção, inicialmente sobre o conceito de contrato de adesão, é preciso que o intérprete ponha-se com isenção diante do caso concreto, e tenha em conta a necessidade de dar-se à parte economicamente mais fraca condições de proteção diante da outra.

Pensamos que não se possa ver o contrato de adesão tão-somente como aquele em que uma das partes, necessariamente, detenha um monopólio, caso em que o interessado, diante de exigências absurdas apresentadas pelo titular do monopólio, não tenha a possibilidade de contratar com terceiro.

Da mesma forma, o conceito de serviço de primeira necessidade deve ser interpretado à luz da posição do contratante (no caso, o adquirente do imóvel), que se vê obrigado a realizar esforços sobre-humanos para conseguir moradia própria, buscando fugir de aluguéis extorsivos e da contingência extremamente incômoda de se transferir de domicílio a cada um ano ou dois, por não ter sido possível a renovação do contrato de locação de que era titular.

Buscar outra construtora seria inútil para o comprador, se seu intuito fosse o de fugir às cláusulas contratuais abusivas. A experiência mostra que as empresas do ramo operam de forma praticamente idêntica, apresentando todas elas as mesmas condições nos seus contratos-padrão.

De outra parte, a gravíssima crise de moradia que se presencia coloca o brasileiro entre uma de duas alternativas: morar como puder, ou não morar. E esse fato coloca as construtoras a cavaleiro para imporem cláusulas injustas em seus contratos de venda, as quais os adquirentes aceitam sem lhes ser possível afastá-las.

Como ensina Messineo (“Il Contratto in genere”, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editor, Milão, 1968, p. 477), no contrato por adesão a rigidez da proposta pressupõe, como premissa, a existência de uma força contratual na pessoa de um dos contraentes que pode, por tal motivo, “ditar” a cláusula. Do outro lado, ao contraente débil só resta “pegar” ou “largar” a oportunidade que se lhe apresenta.

Em vista das considerações supra, não se pode concordar com o voto vencido, muito preso a um direito estático e individualista, inadequado à apreciação de uma realidade concreta comple-

tamente diversa daquela em que o Código Civil foi promulgado.

Mas, examinando-se a posição vencedora, não se pode aceitar, de outra parte, a retroatividade dada ao Código do Consumidor, perante o art. 5.º, XXXVI, da CF, a qual impede violação do direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. O inc. XXII do mesmo art. 5.º, citado pelos julgadores — ao lado do art. 170 da Carta Magna — como base para a imposição retroativa do Código do Consumidor, está claramente subordinado à norma de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, sob pena de se trazer o caos para a ordem jurídica.

Além disso, verifica-se que não era necessário aos julgadores valerem-se ilegalmente do Código do Consumidor, posterior aos fatos originadores da causa, para o fim de conseguirem dar a devida proteção jurídica ao comprador do imóvel, que não pôde levar a cabo o seu contrato. Outros textos plenamente vigentes levariam ao mesmo resultado.

O art. 170 da CF, por exemplo, submete as empresas exploradoras da atividade econômica ao respeito à função social da propriedade, devendo as construtoras atentarem para essa obrigação com maior cuidado do que o necessário em outros ramos de negócio, tendo em conta a já referida crise de moradia, não se podendo locupletar às custas dos adquirentes de seus imóveis, encontrados em condições de inferioridade, fazendo uso do seu poderio econômico e de uma situação econômica casuística, adversa ao comprador. Entendemos que o preceito constitucional acima citado não foi obedecido pela construtora quando impôs à outra parte a cláusula anulada no Acórdão.

Outrossim, a pendência poderia ter sido também deslindada pelo recurso à impugnação do enriquecimento sem

causa da construtora, o que certamente aconteceria quanto à perda, para aquela, das importâncias pagas pelo comprador inadimplente, considerando-se que o bem seria outra vez vendido pelo preço de mercado.

A imposição da construtora, no sentido acima, jamais poderia ser entendida como cláusula penal, pois claramente exorbitou da finalidade jurídica e econômica deste instituto.

#### 4. Conclusão

De todo o exposto conclui-se ter sido acertada a decisão, quanto ao seu

sentido, embora baseada em premissas falsas.

Não se pode aplaudi-la integralmente, pois os fins não justificam os meios.

O voto vencido revela que ainda remanesce entre nós um pensamento jurídico próprio do direito individualista, alheio aos fenômenos sociais em jogo na atividade econômica, os quais devem ser apreciados pelo intérprete e aplicador da lei na justa medida dos mandamentos constitucionais.

São Paulo, jan./1993

**Haroldo Malheiros**

**Duclerc Verçosa**

# ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

<b>A</b>		<b>H</b>	
Anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e falências — Artigo de Dora Martins de Carvalho .....	88	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Artigo sobre: O “forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional) .....	81
Antonio Cezar Lima da Fonseca — Artigo sobre: A “res speratae” e o “shopping center” .....	61	— Comentários sobre: Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor .	95
Arnoldo Wald — Artigo sobre: Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária .....	5	<b>L</b>	
Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? — Artigo de Nelson Eizirik .....	25	Luciano Amaro — Artigo sobre: Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor .	70
<b>C</b>		Luiz Gastão Paes de Barros Leães — Artigo sobre: A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas .....	10
Contrato de venda internacional de mercadorias (O) — Artigo de Eduardo Grebler .....	34	<b>N</b>	
<b>D</b>		Nelson Eizirik — Artigo sobre: Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? .....	25
Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Artigo de Luciano Amaro .	70	<b>P</b>	
Dora Martins de Carvalho — Artigo sobre: O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências ...	88	Princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária — Artigo de Arnoldo Wald	5
<b>E</b>		<b>R</b>	
Eduardo Grebler — Artigo sobre: Contrato de venda internacional de mercadorias (O) .....	34	“Res speratae” e o “shopping center” — Artigo de Antonio Cezar Lima da Fonseca .....	61
<b>F</b>		Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Comentário de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ....	95
“Forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional) — Artigo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa .....	81	<b>V</b>	
		Validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas (A) — Artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães .....	10