

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICAS

A modulação judicial do conteúdo dos contratos injustos

Pedro Matos de Arruda

M

2024



FACULDADE DE DIREITO



A MODULAÇÃO JUDICIAL DO CONTEÚDO DOS CONTRATOS INJUSTOS

Pedro Matos de Arruda

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do grau de Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Privatísticas), sob a orientação do Professor Doutor Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada.

Porto, julho de 2024

Resumo

A presente dissertação tem por objetivo analisar como os tribunais podem modificar cláusulas contratuais consideradas injustas para equilibrar as relações entre as partes envolvidas.

Estudaremos a questão sob a perspectiva tanto do direito português quanto do brasileiro, não com a pretensão de realizar o estudo de direito comparado, mas de identificar, pela abstração que o problema apresenta, as soluções que os sistemas jurídicos dispõem e a possibilidade de se dispor de um tratamento uniforme.

Neste sentido, abordaremos as interações entre os princípios da liberdade e do equilíbrio, a fim de apontar em quais circunstâncias este deve prevalecer sobre aquele. Uma vez identificados os fatores relevantes para a configuração dos contratos injustos, demonstraremos a importância de apreciá-los a partir de um sistema móvel, para potencializar a eficácia do princípio do equilíbrio contratual. Por fim, proporemos critérios decisórios para se alcançar a justiça contratual.

Palavras-chave: Autonomia Privada; Justiça Contratual; Intervenção Judicial.

Abstract

This dissertation aims to analyze how courts can modify contractual clauses considered unfair to balance the relations between the parties involved.

We will study the issue from the perspective of both Portuguese and Brazilian law, not with the intention of carrying out the study of comparative law, but of identifying, through the abstraction that the problem presents, the solutions that the legal systems have and the possibility of having a uniform treatment.

In this sense, we will address the interactions between the principles of freedom and balance, to point out under which circumstances the latter should prevail over the former. Once we have identified the relevant factors for the configuration of unfair contracts, we will demonstrate the importance of assessing them from a mobile system, in order to enhance the effectiveness of the principle of equity in exchange. Finally, we will propose decision-making criteria to achieve contractual justice.

Keywords: Private Autonomy; Contractual Justice; Judicial Intervention.

Sumário

Introdução	7
Capítulo 1 – A questão da justiça dos contratos	9
1.1. Contrato e autonomia	9
1.2. Entre a liberdade e a justiça, onde está o contrato?	11
1.3. Critérios aplicativos do princípio do equilíbrio	16
1.4. O Justo e a Jurisprudência: o dobro ou nada?	19
Capítulo 2 – Identificando o injusto.....	23
2.1. O sistema móvel.....	23
2.2. Primeiro Fator: O desequilíbrio	26
2.2.1. Em relação ao conteúdo da prestação	27
2.2.2. Em relação às demais cláusulas do contrato	34
2.3. Segundo Fator: A vulnerabilidade.....	37
2.4. Terceiro Fator: O princípio da boa-fé.	43
2.4.1. A importância da boa-fé na configuração da injustiça contratual	43
2.4.2. A função da boa-fé no controle do conteúdo do contrato	47
Capítulo 3 – Construindo o justo contratual	53
3.1. A modificação como consequência preferida?	53
3.2. <i>Reductio ad equitatem</i>	57
3.3. A modulação para além do preço	64
3.3.1. Integração como equalizadora de direitos?	70
3.4. De volta ao preço: a modulação para além da usura	72
Conclusões	77
Bibliografia	79

Abreviaturas

Art. – Artigo

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

CCB – Código Civil Brasileiro

CCG – Cláusulas Contratuais Gerais

CCP – Código Civil Português

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CRP – Constituição da República Portuguesa

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei

PECL – *Principles of European Contract Law*

REsp – Recurso Especial

STJ/Portugal – Supremo Tribunal de Justiça

STJ/Brasil – Superior Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

A ideia da intangibilidade do contrato está, de certa forma, superada. Atualmente, já não se discute mais se o juiz pode intervir em seu conteúdo, mas sim em quais circunstâncias e de que forma poderá fazê-lo. Isso não significa, por outro lado, que o contrato perdeu espaço enquanto instrumento da autonomia privada, mas apenas que esta deve ser exercida dentro de um espectro normativo (e valorativo) que lhe antecede e que a sustenta. Neste sentido, a disciplina e a estrutura contratual acompanham a evolução da sociedade, de modo que os institutos que permeiam os negócios jurídicos também devem reinterpretados segundo o contexto econômico-social em que se vive. Imperioso se faz, portanto, reapreciar a ideia de justiça contratual e a sua atual importância.

Sob a influência do Liberalismo Clássico, defendeu-se e consolidou-se a ideia de que os contratos são justos porque fruto da liberdade humana e que o Estado absenteísta viabilizaria o desenvolvimento do mercado e, de igual modo, da sociedade. Tais premissas provaram-se equivocadas. A desregulação da economia gerou um vácuo de poder que foi ocupado pelas grandes empresas, que criaram e impuseram a regulamentação dos contratos que celebraria.

Em reação à desigualdade econômica que se escancarou, surgiu o denominado Estado Social, que intervém na economia com o objetivo de proteger as partes vulneráveis. O dirigismo contratual acentuou-se no período pós-guerra e lançou luzes a um problema que, mesmo milenar, ainda não encontrou uma solução: como evitar que o contrato se transforme num instrumento de exploração? Numa escala macro, o regulamento das cláusulas contratuais gerais garantiu um mínimo de equilíbrio ao reconhecer o caráter abusivo das cláusulas que acarretam grave desequilíbrio aos aderentes. No plano individual, destaca-se a vedação aos negócios usurários – este com origem histórica mais remota. Mas são suficientes?

Partimos de uma perspectiva aristotélica de que os contratos são uma representação da justiça comutativa, e que devem representar uma composição de interesses equilibrada. Por isso, o desafio que se apresenta é como conciliar a liberdade contratual com o equilíbrio almejado pelo ordenamento jurídico. Pretendemos, com o presente trabalho, contribuir para o debate e a apresentar nossa proposta aplicativa.

Para tanto, dividimos o nosso estudo em três partes.

Na primeira, apresentaremos o problema da posição do contrato dentro de um conflito de princípios que, como tal, não podem se autoexcluir. Nesse contexto, proporemos critérios de ponderação para solução desta tensão entre a autonomia e a justiça contratual e identificaremos os fatores que o legislador adota para legitimar a intervenção judicial no conteúdo do contrato. Além disso, analisaremos se os institutos que viabilizam o controle do equilíbrio têm sido aplicados adequadamente pela jurisprudência.

No segundo capítulo, buscaremos identificar o que qualifica um contrato como injusto e esmiuçaremos os fatores que os caracterizam. Apresentaremos uma análise dos elementos a partir da perspectiva da mobilidade do sistema e como essa metodologia pode viabilizar a aplicação ótima do princípio do equilíbrio sem afastar a importância da autonomia privada.

No terceiro capítulo apresentaremos as soluções legais existentes para a garantia do equilíbrio tanto em relação aos negócios usurários, quanto aos contratos regidos por cláusulas contratuais gerais. Mais do que isso, evidenciaremos os critérios aplicativos das normas e questionaremos a suficiência dos mecanismos trazidos pelo Decreto-Lei n.º 446/85 para a garantia do almejado equilíbrio contratual. Por fim, analisaremos se a mobilidade do sistema permite que encontremos soluções para as injustiças contratuais que não se caracterizem como negócios usurários.

Em todo nosso estudo, buscaremos analisar os problemas sob a perspectiva do direito português e brasileiro, dada a similitude do regramento legal, a fim de encontrar soluções que um e outro sistema disponha e que possam ser adotadas por ambos.

Capítulo 1 – A questão da justiça dos contratos

1.1. Contrato e autonomia

A análise da intervenção estatal nos contratos firmados entre particulares levanta alguns questionamentos prévios sobre o porquê de sua existência. De fato, se os contratos são um realmente veículo da autonomia privada, isto é, um espaço de livre conformação de interesses, por qual razão haveria o Estado de intervir e limitar tal liberdade, e com que objetivo o faria? Para responder a esta pergunta, precisamos entender em que consiste a autonomia privada e quais os seus limites no âmbito contratual.

Recorrendo à etimologia, ENZO ROPPO aponta que autonomia significa o “poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significa liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no «consenso» contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu património”¹.

Essa autonomia, contudo, não é plena, porque se desenvolve no âmbito de um sistema social e jurídico pré-existente, que conforma a liberdade das partes, impedindo a celebração de ajustes contrários à ordem e à moralidade públicas². Neste contexto, tem-se o disposto no artigo 405.º do Código Civil Português e, de forma sutil, mas não menos intensa, o art. 421 do Código Civil Brasileiro, que vincula a liberdade contratual à função social³.

Com efeito, o Direito, enquanto sistema, não pode admitir inconsistências: os particulares, embora gozem de ampla liberdade de ação, não podem criar um sistema

¹ ENZO ROPPO, *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

² Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil. Vol. 2 - Parte geral: negócio jurídico*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 40, a “autonomia pressupõe sociedade e implica o reconhecimento, por esta, do espaço autorregulativo do sujeito”, corroborando a ideia de que as liberdades humanas são exercidas num equilíbrio entre o desenvolvimento individual e a conformação da sociedade que as moldam, ao que completa JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 220-221, quando argumenta que o contrato não é um “instrumento neutro, aberto à recepção de não importa que conteúdo gizado pelo arbítrio das partes”, porque entre a regulamentação privada e a ordem jurídica em que ela se integra é deve haver compatibilidade a fim de que o Estado possa garantir a execução dos efeitos estipulados, ainda que por via coativa.

³ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. ([Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019](#))

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. ([Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019](#))

normativo privado que contrarie as normas gerais, aplicáveis a todos, e exigir que o Estado chancela efeitos jurídicos que, por exemplo, nem por lei seriam admitidos.

Para além desses limites, é preciso compreender que os negócios jurídicos – e os contratos, que são o objeto de nosso estudo – não se limitam aos atos de vontade. Os deveres decorrentes da boa-fé e a tutela da confiança gerada pela declaração provam-no, a incidência de normas legais (imperativas ou dispositivas) sobre o conteúdo e a possibilidade colmatação das lacunas pelo processo integrativo, também.

Estando os efeitos dos contratos sujeitos, em certa medida, aos valores sociais vigentes, tem-se argumentado que a autonomia privada não é um fim em si mesmo, mas visa à concretização de tais valores, dos quais a sua tutela ficará dependente⁴. Essa assertiva, porém, deve ser interpretada com cautela, porquanto os indivíduos – isoladamente considerados e nas suas relações interpessoais – não podem ser obrigados a agir como se fossem o Estado, responsáveis pelo bem-estar social. O espaço de liberdade de ação que é conferido faz prescindir explicações e justificações para a definição dos efeitos desejados através do contrato e a vinculação aos valores sociais não deve ir além da proibição da ofensa, não significando a imposição de sua concretização.

Não se pode perder de vista que a autonomia privada é um instrumento de realização do poder de autodeterminação, “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesse, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”⁵, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, este com assento constitucional (art. 26.º, n.º 1, da CRP). Por isso mesmo, as limitações à liberdade contratual não podem ser despropositadas, mas devem ser um meio para a salvaguarda de outros valores igualmente tutelados pela Ordem Jurídica, nomeadamente a Justiça, afinal, como argumenta CARNEIRO DA FRADA, “[não] há (autêntico) Direito sem referência à

⁴ É exatamente este o posicionamento de ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 61, que vincula a tutela da autonomia privada à sua utilidade social, mas também ao seu exercício “dirigido à consideração do outro (boa-fé objetiva) e à construção de uma relação objetivamente equilibrada”. O autor, influenciado pela doutrina de PIETRO PERLIGIERI (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*), defende a interpretação dos institutos do direito civil à luz dos programas e valores constitucionais (ANDERSON SCHREIBER, *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16), dentre os quais a igualdade material e a justiça social.

⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

Justiça, pelo que, se uma ordem jurídica a perde, deixa de poder pretender vigorar como ordem (propriamente) jurídica”⁶.

Colhemos de Aristóteles a ideia de que a justiça reside no meio-termo entre os extremos da iniquidade, no proporcional⁷. Assim, quando se fala em justiça contratual, deve-se entender a igualdade⁸ na distribuição dos ônus e dos bônus decorrentes do contrato, o que entre nós assume a figura do princípio do equilíbrio.

O que pretendemos analisar é como esses valores, aparentemente antagônicos – a autonomia privada e o equilíbrio – podem se conciliar na definição do regramento contratual.

1.2. Entre a liberdade e a justiça, onde está o contrato?

Indicamos acima que o contrato é fruto da autonomia privada, da liberdade que as pessoas dispõem para regular seus próprios interesses, mas que também é representação da justiça comutativa voluntária. Afinal, um contrato injusto é exigível?

FLUME advoga a irrelevância do “caráter razoável do conteúdo do contrato”⁹, pois o valor tutelado é a autodeterminação dos contratantes. Então, o contrato será justo porque decorre da vontade das partes e enquanto o fizer, “pois, na medida em que a autonomia privada é efetiva, não há norma jurídica pela qual se possa medir a configuração autônoma das relações jurídicas”¹⁰.

⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia Privada e Justiça Contratual: Duas questões, nos 50 anos do Código Civil*. In MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 24.

⁷ ARISTÓTELES - *Ética a Nicômano*. São Paulo: Forense, 2024, p. 94-116.

⁸ Registramos não ser este o entendimento majoritário da doutrina, segundo a qual o princípio do equilíbrio não tem por escopo a garantia da igualdade das prestações, mas apenas afastar os desequilíbrios significativos (ou excessivos). Ver, dentre outros, RUI PINTO DUARTE, *O equilíbrio contratual como princípio jurídico*. In DUARTE, RUI PINTO - *Escritos jurídicos vários 2000-2015*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 685-699 e ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS – *Equilíbrio negocial*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2024. Na essência, porém, não divergimos de tal posicionamento, mas diferenciamos a potencialidade da aplicação do princípio do equilíbrio em si mesmo considerado da aplicação de forma ponderada com outros princípios incidentes. Como desenvolveremos adiante, os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus: nos limites, acarretará a igualdade objetiva das prestações ou a necessidade de uma mínima equivalência. A questão é, então, saber se há alguma circunstância que autorize a desconconsideração da distribuição de riscos ajustada entre as partes para se reconhecer a validade da disposição exclusivamente igualitária.

⁹ CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado*. In ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 53.

¹⁰ WERNER FLUME, *El Negocio jurídico*. [trad.] José María Miquel Gonzalez e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 29-31.

A tese faz sentido quando se considera que o processo formativo do contrato ocorreu sem vícios e que as partes puderam (ou tinham condições de) influir na definição de seu conteúdo, pois o autor alemão sustenta ser inconciliável com este princípio que alguém defina unilateralmente o conteúdo do contrato, pois privaria o outro de sua autodeterminação¹¹.

Entedemos, porém, que a ordem jurídica não pode ser alheia ao conteúdo do contrato apenas porque fruto da autonomia privada. Como aponta SOUSA RIBEIRO, o contrato não é um “instrumento neutro, aberto à recepção de não importa que conteúdo gizado pelo arbítrio das partes”, pois é necessário garantir a “a compatibilidade entre normação privada e a ordem jurídica global em que ela se integra”¹².

Veja-se, por exemplo, que mesmo entre as partes capazes e sem vício de consentimento, não é válida a estipulação de juros para além dos limites legais, que existem para garantir o equilíbrio do contrato.

No outro lado da moeda, estão os defensores da ineficácia dos contratos desequilibrados, a exemplo de KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ e JAMES GORDLEY. Os primeiros defendem que a liberdade contratual é, atualmente, uma utopia, porque os termos do negócio jurídico raramente são discutidos, e a assimétrica de poder negocial acarreta iniquidades na distribuição dos riscos do contrato. Assim, propõem que, sempre que presente a disparidade de poder econômico (ou negocial) ou quando a “paridade contratual” tiver sido perturbada ou a parte mais débil necessitar de proteção, a justiça contratual passe a regular a matéria¹³. De maneira similar, GORDLEY não vislumbra espaço conformativo para além de conteúdos justos, visto que ninguém contrataria em termos desfavoráveis para si e que se os aceitou é porque estava em

¹¹ WERNER FLUME, *El Negocio jurídico...* p. 783.

¹² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...* p. 220-221.

¹³ KONRAD ZWEIGERT; HEIN KÖTZ, *Introduction to comparative law*. [trad.] Tony Weir. Nova York: Oxford University Press, 1998, p. 327-347. CANARIS, *A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado...* p. 54, critica o posicionamento de ZWEIGERT e KÖTZ sob o argumento de que a concorrência “assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio de poder” e aponta que os autores nada tratam do assunto. Contudo, entendemos ser injusta a ponderação porque os autores argumentam – e parece-nos com razão – que os fornecedores de bens e serviços normalmente competem entre si no preço e na qualidade, mas dificilmente o fazem noutros termos KONRAD ZWEIGERT; HEIN KÖTZ, *Introduction...* p. 335). É dizer, a concorrência não seria um instrumento hábil a promover a “neutralização do desequilíbrio” quando a alocação de riscos de forma contrária aos interesses da parte mais fraca está fora do real alcance da concorrência. E, de fato, o que se vislumbra na praxe jurídica é que as cláusulas contratuais gerais acabam por se tornar uniformes entre os profissionais, mas sem que isso resulte necessariamente em termos equilibrados.

posição de desvantagem (ou não tinha acesso ao preço de mercado ou estava em estado de necessidade ou ignorava o que seriam termos justos)¹⁴.

A tese é mesmo bastante atrativa. Afinal, se o contrato é uma representação da justiça comutativa voluntária, como se poderia admitir que gere resultados iníquos? A princípio, não vislumbramos como. Essa assertiva, porém, deve ser lida com parcimônia. É que como a justiça e a liberdade contratuais têm natureza jurídica de princípios, e não de regras, sua aplicação não segue o modelo “tudo-ou-nada” *dworkiniano*, mas antes são ponderadas entre si de modo a que a aplicação de um não afaste a incidência do outro. Por isso, refutamos a perspectiva – na ordem jurídica vigente - de que só a liberdade contratual é que interessa ou que os contratos devem ser a perfeita representação da igualdade.

Com efeito, a realidade social demonstrou que a simples desregulação da economia não se mostrou um meio efetivo para a promoção da autonomia privada, servindo antes de meio de dominação econômica. A igualdade formal reconhecida pela ordem jurídica não satisfaz adequadamente os requisitos para um exercício da autonomia, principalmente quando a disparidade de poder negocial implica a imposição unilateral dos termos do contrato. A regulamentação é necessária.

Por outro lado, sustentar que o contrato celebrado fora do “preço justo” seja inválido reduz sobremaneira a liberdade das pessoas, e, como argumenta CANARIS, “a ordem jurídica deve sempre conformar-se, em certa medida, com a ausência de liberdade efetiva, porque, desde logo, a liberdade efetiva total de todos os cidadãos é uma utopia e, além disso, a liberdade jurídica não deve ser desmesuradamente limitada a fim de proteger a liberdade efetiva, porque, de outro modo, acabar-se-ia necessariamente por prejudicar também gravemente esta última”¹⁵.

Ademais, deve-se ter em mente que a própria concepção do que seja o preço justo não é pacífica¹⁶ e pode levar a questionamentos desde a existência de valor intrínseco aos bens até a regulação de preços pelo Estado. Mais, o domínio estatal sobre a definição de preço é incompatível com o pluralismo, que é fundamento da democracia¹⁷. De fato, a ideia de Estado de direito democrático é lastreada no

¹⁴ JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*. In *California Law Review*. dezembro de 1981, Vols. 69, n. 6, p. 1611.

¹⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, *A liberdade...* p. 61.

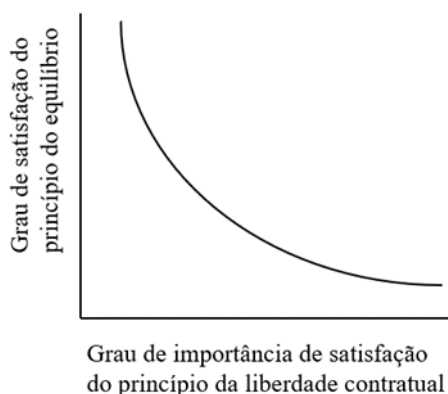
¹⁶ Sobre as acepções históricas do que seja o preço justo, conferir JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange...* p. 1604-1617.

¹⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, *A liberdade...* p. 58.

pluralismo político, na diversidade económica, social e cultural, expressos no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, com igual assento nos artigos 1.º e 3.º da Constituição brasileira, de forma que a definição de um modo de contratar uniformizante não atende a esses valores. Por isso, mesmo que necessária, a regulamentação deve restringir-se, no máximo possível, às normas de proibição de conteúdo.

Reconhecendo a importância de ambos os princípios, e encarando-os como tal, que representam, segundo ROBERT ALEXY, um *mandamento de otimização*¹⁸, capazes de serem cumpridos em diferentes graus, o seu tensionamento (ou colisão) deve ser resolvido por um critério de sopesamento ou ponderação, em que serão consideradas as circunstâncias do caso concreto, estabelecendo uma relação de precedência condicionada¹⁹ e não de preponderância apriorística.

Para estabelecer essas relações de precedência, devemos utilizar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, quanto maior for o grau de não-satisfação de ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio²⁰, o que pode ser representado com uma *curva de indiferença* com as seguintes características:



Desta forma, as circunstâncias que ensejam a menor satisfação do equilíbrio contratual devem estar associadas ao maior grau de importância de atendimento da liberdade da modulação do conteúdo do contrato e vice-versa, mas esta curva de indiferença não deve alcançar os seus eixos (salvo as disposições de mera liberalidade, como as doações).

¹⁸ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

¹⁹ A relação de precedência condicionada pressupõe que os princípios estejam no mesmo grau hierárquico e o sopesamento terá por objetivo definir qual dos interesses tem maior peso no caso concreto (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*... p. 95).

²⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*... p. 167.

Corroboram esse entendimento a regulamentação dos negócios usurários (lesão, no direito brasileiro), das cláusulas contratuais gerais e dos contratos consumeristas em geral. Em todas estas situações, há uma vulnerabilidade por parte de um dos contratantes que o impede de participar (adequadamente) da formulação dos termos contratuais, o que enseja o maior grau de exigência de uma conformação equilibrada de interesses.

Em relação às circunstâncias que admitem a menor satisfação do princípio da liberdade contratual, há na doutrina quem defenda que a imposição do equilíbrio demanda a desigualdade de poderes negociais (afastando sua aplicação nos contratos paritários) e que as situações de vulnerabilidade da parte contratante sejam reconhecidas pelo direito”²¹.

De outro lado, ANDERSON SCHREIBER argumenta que o princípio do equilíbrio “não consiste em uma proteção especial, dirigida apenas àquelas pessoas que se situem, permanentemente ou episodicamente, em situação de vulnerabilidade”, mas é um princípio de aplicação geral²², o que é corroborado por MENEZES CORDEIRO quando aponta que “os vícios substanciais, por um prisma de justiça material, não podem depender de tipificações a operar no modo de formação dos contratos, sob pena de se chegar a estereótipos ou a novos formalismos”²³, com o que concordamos.

De fato, se a interação dos princípios não é regulada por via de cláusulas de exclusão de incidência, todos os contratos estão, em tese, sujeitos ao controle do equilíbrio, o que deverá ser avaliado é a intensidade do controle. O que pretendemos, neste estudo, é avaliar em que circunstâncias será adequada a intervenção judicial em prol da justiça contratual - ou seja, quando o desequilíbrio é injusto -, e em que termos isso deve ocorrer.

²¹ PAULO LUIZ NETO LÔBO, *Direito civil: contratos*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 30-31. Na doutrina alemã, sobressai-se SCHMIDT-RIMPLER, defensor de uma “teoria procedimental da justiça”, à medida em que admite que o contrato tem aptidão funcional para a realização da justiça, não “no plano concreto de cada relação particular, mas antes ao nível global do contrato como instituição, cujo fundamento e limites, dentro da ordem jurídica, procura determinar”. Segundo o autor, não se exigiria “a correspondência (e o seu controlo) do conteúdo de cada contrato com representações objectivas de justiça, confiando-se apenas em que, através do ‘mecanismo contratual’, nasça uma ordem de relações ajustada, no seu conjunto. E nas zonas em que tipicamente isso se não verifica, a liberdade de conformação deve ser substituída por uma regulação imperativa”. Aliás, para SOUZA RIBEIRO “SCHMIDT-RIMPLER é expresso em admitir que, no âmbito deixado à conformação privada, há que aceitar o risco de estipulações injustas, recusando a hipótese de um controlo posterior da justeza do conteúdo” (JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO, *O problema do contrato...* p. 79-80).

²² ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 67.

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 660. Ver, também, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Equilíbrio negocial...* p. 97.

Antes, porém, é necessário apresentar os critérios aplicativos do princípio do equilíbrio.

1.3. Critérios aplicativos do princípio do equilíbrio

A correta ponderação do princípio do equilíbrio exige que conheçamos o seu conteúdo. É que, da mesma forma que a liberdade contratual não contempla todo e qualquer efeito jurídico desejado pelas partes, tampouco se impõe – numa apreciação em que a autonomia da vontade é um valor a ser igualmente concretizado - o tabelamento de preços e igualdade entre direitos e obrigações decorrentes do contrato.

O primeiro aspecto a ser considerado é saber se o princípio está restrito apenas à prestação principal ou abrange todo o conteúdo do contrato. Embora seja de maior importância a consideração a respeito da equivalência das prestações, o conteúdo do princípio não está a ela restrito. Veja-se, por exemplo, que o artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil Português, admite a redução da cláusula penal quando manifestamente excessiva. Para além disso, a Lei n.º 24/96, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, em seu art. 9.º, n.º 2, alínea b) veda a “inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor”, o que abrange não só o preço, mas todo o conjunto de direitos e obrigações. Mais relevante ainda é o Decreto-Lei n.º 446/85, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, e trata entre os artigos 15.º e 22.º especificamente de cláusulas proibidas por ensejarem desequilíbrios de direitos entre os contratantes.

No direito brasileiro, o art. 413²⁴ do Código Civil autoriza a redução da cláusula penal manifestamente excessiva e os artigos 423²⁵ e 424²⁶, que tratam dos contratos de adesão, impõem a interpretação mais favorável ao aderente e vedam a renúncia antecipada de direitos, protegendo o equilíbrio contratual. Em relação ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), o art. 6º, inciso V, dispõe que é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam

²⁴ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

²⁵ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

²⁶ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” e o art. 51 regulamenta as cláusulas abusivas, buscando igualmente o equilíbrio do contrato.

O segundo aspecto a ser considerado é que, numa economia de mercado, por equilíbrio, não se deve entender a imposição de igualdade. Mesmo os defensores da preponderância do princípio do equilíbrio, a exemplo de JAMES GORDLEY, que a despeito de negar validade aos contratos que não forem celebrados segundo o preço de mercado – sua concepção da equivalência das prestações – admitem desvios a tal parâmetro, desde que não acarretem “desigualdades desnecessárias”²⁷.

Não há, no Direito, vedação ao enriquecimento pela via contratual, nem poderia haver numa sociedade capitalista. Isso significa que os benefícios auferidos por um dos contratantes podem ser superiores ou inferiores ao objeto de sua prestação: basta pensarmos nas hipóteses dos revendedores de bens, que acrescem ao produto adquirido os seus próprios custos e lucros almejados. Não se pode perder de vista que o contrato, para além de um instrumento de circulação de riquezas, é um mecanismo de gestão de riscos pelos contratantes e é natural que quanto maior o risco assumido, maior seja o benefício esperado; também é natural que a diligência seja remunerada. Disso resulta que nem todo desequilíbrio acarreta uma violação aos valores jurídicos.

Em seguida, o terceiro aspecto necessário a entender o princípio em comento é reconhecer que nem todo contrato precisa ser equilibrado: basta analisarmos os contratos gratuitos e os aleatórios, em que as prestações assumidas por uma das partes não guardam relação de equivalência com as da outra. Para além disso, mesmo nos contratos comutativos não há imposição da correspondência exata entre a prestação e a contraprestação, como vimos acima. O que interessa, a princípio, é que haja uma relação de equivalência subjetiva, e não objetiva.

Não se quer, com isso, afirmar que o princípio do equilíbrio dispense a análise da equivalência objetiva no contrato, mas apenas que no exercício da autonomia privada as partes são capazes de alcançar uma justa composição dos interesses que não necessariamente reflete uma distribuição equivalente das prestações: conforme apontamos na *curva de indiferença* ilustrada anteriormente, o equilíbrio pode ceder em prol da autodeterminação das pessoas. Quando tal autonomia é meramente formal, observa-se do ordenamento jurídico a preocupação com a justiça objetiva, a exemplo

²⁷ JAMES GORDLEY, *Equality in Exchange*... p. 1611.

do regime dos negócios usurários (e da lesão, no direito brasileiro), dos contratos consumeristas (e nos demais em que vigora a *ordem pública de proteção*²⁸) e das já mencionadas cláusulas contratuais gerais.

Corroborar a ideia de que o desequilíbrio pode ser tolerado pelo Direito a leitura *a contrario sensu* do art. 237.º do CCP: “Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações” (sublinhamos). Ou seja, a declaração que não suscite dúvidas pode ocasionar um “menor equilíbrio” das prestações.

Por fim, há de se esclarecer que o princípio pode ter sua incidência tanto no momento da formação do contrato (equilíbrio originário) quanto ao longo de sua execução (equilíbrio funcional)²⁹. Para os fins desta pesquisa, apenas o primeiro será analisado.

Traçadas estas ideias iniciais, podemos concluir que a aplicação do princípio do equilíbrio não impõe a igualdade das prestações, “mas antes limita a desigualdade, por um lado, em função do seu grau e, por outro, em função da correspondência desses valores com a vontade das partes”³⁰. O que nos cabe analisar são as circunstâncias em que um contrato desequilibrado é incompatível com a Justiça, estabelecendo possíveis critérios de decisão sobre a prevalência do princípio do equilíbrio sobre o da liberdade contratual. A lei oferece-nos duas hipóteses mais emblemáticas: os negócios usurários

²⁸ Sob tal categoria estão os contratos em que uma das partes não pode exercer adequadamente a sua autodeterminação, limitando-se no mais das vezes a apenas aceitar o clausulado apresentado pela outra ou, mesmo quando tenha a possibilidade de intervir no conteúdo do contrato, sua intervenção é restrita a aspectos de menor importância. Ver, a respeito, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...* p. 262.

²⁹ Conforme apontou MARTA MARTINS DA COSTA, *Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português*. In *Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho. N.º 82 (abr.-jun. 2023), p. 33.: “Existe, com efeito, uma dupla relevância associada a este princípio que, quando não realçada, pode comprometer a aplicabilidade prática das conclusões a que se chegue. Assim, este (i) pode ser tratado com referência à formação da vontade das partes no negócio jurídico, levando à indagação sobre se deve sindicar-se a justiça objetiva do sinalagma acordado (e se os seus resultados são ou não suscetíveis de comprometer a validade do negócio jurídico) ou (ii) pode ser entendido como uma prerrogativa garantística da estabilidade da ponderação de interesses afeta ao objeto negocial, tranquilizando as partes sobre a sua manutenção ao longo da vida do contrato, perante patologias que o venham a perturbar ou perante as modificações objetivas suscetíveis de atingir o seu objeto – equilíbrio no sentido de equilíbrio dos interesses das partes tal como refletido no contrato”.

³⁰ RUI PINTO DUARTE, *O equilíbrio contratual como princípio jurídico*. In RUI PINTO DUARTE, *Escritos jurídicos vários 2000-2015*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 690.

e aqueles regidos por cláusulas contratuais gerais³¹, mas será que sua aplicação pelos tribunais tem sido suficiente para garantir ou promover a justiça contratual? É o que veremos a seguir.

1.4. O Justo e a Jurisprudência: o dobro ou nada?

Na análise da jurisprudência, o que observamos é que o princípio do equilíbrio tem sua aplicação é ainda bastante tímida, concentrada quase que exclusivamente nas hipóteses em que incide a *ordem pública de proteção* antes mencionada e, mesmo assim, exigindo grandes sacrifícios ao contraente vulnerável. Realmente, em obra publicada em 1990, PEDRO EIRÓ apontou: “A jurisprudência portuguesa acerca do negócio usurário (artigos 282.º e 283.º do Código Civil) é *extremamente parca*. Sem grandes probabilidades de errar, podemos afirmar que não existem muito mais de meia dúzia de decisões dos tribunais superiores sobre aqueles preceitos legais”³² e, além disso, é rigorosa na configuração da usura.

Isso parece não ter mudado desde então, pois ainda são poucos os acórdãos nos Tribunais Superiores que tratam da usura em contratos e que a reconheça³³. A título de exemplo, no Acórdão do STJ de 28/09/2023, de relatoria de António Barateiro Martins, relativo ao Processo nº 49/11.8TVLSB.L1.L1.S2, consignou-se que: “A doutrina e a jurisprudência vêm abraçando o ‘critério do dobro do valor’, que serve para estabelecer um ‘limiar a partir de cuja ultrapassagem se deve averiguar a existência das demais circunstâncias objetivas e dos requisitos subjetivos da usura’”. É dizer, apenas se ultrapassado o dobro do valor de mercado é que a lesão seria juridicamente relevante para, então, averiguar a presença dos demais requisitos. No mesmo caminho, mas admitindo a flexibilização do critério adotado, no Acórdão de

³¹ A elas, certamente, não se limitam. O princípio do equilíbrio tem espraia-se em diversos dispositivos do Código Civil e de leis esparsas a demonstrar o interesse do legislador em uma composição equitativa de interesses pelos particulares. Veja-se, por exemplo, o art. 400.º, n.º 1 do CCP, segundo o qual a determinação da prestação, se confiada a uma das partes ou a terceiro, deve ser feita “segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados”. Infere-se deste dispositivo que, salvo ajuste entre as partes, a determinação da prestação indeterminada deve ser feita proporcionalmente. Há, ainda, diversos dispositivos que tratam da reposição do equilíbrio em face das alterações supervenientes que afetam o objeto da prestação (arts. 437.º; 793.º, n.º 1; 802.º, n.º 1; 812.º, n.º 1; 815.º, n.º 2; 884.º, dentre outros). Para além deles, existem os contratos sujeitos à *ordem jurídica de proteção* já mencionados, que exigem especial atenção à razoabilidade de seus termos. Nada obstante, limitar-nos-emos aos negócios usurários e às cláusulas contratuais gerais em razão da amplitude da norma, capaz de fornecer as bases para uma teoria generalizante.

³² PEDRO CAMARGO DE SOUSA EIRÓ, *Do negócio usurário*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 134.

³³ É o que também sinalizou MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*. Vol. 2... p. 500-502.

22/11/2012 (Processo nº 3309/07.9TVLSB.L1.S1), relatado por Távora Vítor, entendeu-se que configura a usura a venda um imóvel pelo equivalente a aproximadamente 57% (cinquenta e sete por cento) de seu valor.

No âmbito do direito brasileiro, ANDERSON SCHREIBER apontou a mesma dificuldade em se encontrar decisões judiciais aplicando o instituto da lesão: “Mais de dez anos após a edição do Código Civil de 2002, a aplicação jurisprudencial do instituto da lesão tem sido, entre nós, diminuta. Pesquisa de jurisprudência realizada para esta obra revela que, entre os anos de 2003 e 2016, o Superior Tribunal de Justiça analisou apenas sete casos concretos envolvendo o instituto da lesão, tendo havido reconhecimento da sua caracterização em somente três deles. Nos tribunais estaduais também não é expressiva o número de acórdãos acolhendo pleitos fundados na lesão nesse arco temporal de quase quinze anos”³⁴. Entre 2016 e 2023, pela nossa pesquisa³⁵, apenas quatro acórdãos foram encontrados no âmbito do STJ/Brasil que tratassem efetivamente da lesão e em apenas um deles o vício foi reconhecido (REsp n. 1.903.416/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 13/4/2021)³⁶.

O critério do dobro do valor adotado pela jurisprudência é originário da *laesio enormis* romana, caracterizada quando a coisa vendida valesse ao menos o dobro do

³⁴ SCHREIBER, *Equilíbrio contratual*... p. 110-111.

³⁵ Realizada a partir do mecanismo da “busca avançada” disponibilizada no site do STJ/Brasil (<https://scon.stj.jus.br/SCON/index.jsp?novaPesquisa>), restringindo a busca pela legislação (código civil, art. 157), para evitar resultados que não guardem relação com o objeto da pesquisa. Por exemplo, se utilizados os termos “negócio jurídico e lesão” nos critérios de pesquisa, serão apresentados resultados sobre direito penal (lesão corporal), reponsabilidade civil (lesão como ato ilícito) e dos negócios jurídicos em geral.

³⁶ Contudo, no referido Acórdão, a despeito da menção ao instituto da lesão, o que ocorreu foi a redução dos honorários advocatícios contratuais, entabulados em cláusula *quota litis*, aos limites previstos Código de Ética e Disciplina da OAB, que veda a estipulação honorários *quota litis*, quando acrescidos aos sucumbenciais, superiores às vantagens advindas ao cliente: “(...) 4. O próprio Código de Ética e Disciplina da OAB prevê limites à estipulação de honorários contratuais, como se pode constatar no caput do art. 36, em que se estabelece que os honorários profissionais devem ser fixados com moderação. 5. Também no Código de Ética e Disciplina da OAB está previsto que, “na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente”. Na hipótese dos autos, pontua-se que a estipulação contratual foi de 50% (cinquenta por cento) sem prejuízo dos honorários advocatícios de sucumbência. (...) 7. Assentada, portanto, a possibilidade de o Poder Judiciário limitar a retenção de honorários advocatícios contratuais, a fixação do limite máximo de 30% (trinta por cento) sobre o valor requisitado como critério de abusividade, assentada no acórdão recorrido, equivale a parâmetro genérico razoável. A propósito: ‘Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida’ (REsp 1.155.200/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 2/3/2011)”.

que fora pago e inicialmente concebida para as hipóteses de venda de imóveis, sendo dispensada a análise da boa ou má-fé do comprador³⁷. Na atualidade, apesar de não constar o critério tarifado na lei, sua aplicação subsiste por interpretação judicial, com o acréscimo do elemento subjetivo, dificultando ainda mais a aplicação do instituto, revelando a grande influência do ideário liberal novecentista.

Em que pese o reconhecimento da existência do princípio do equilíbrio, os institutos que viabilizam sua aplicação têm sido restringidos pela persistência de uma ideologia pautada na mínima intervenção estatal sob o fundamento da igualdade perante a lei e que o contrato é fruto exclusivo da vontade das partes, premissas estas que já se mostraram insuficientes para explicar a força obrigatória dos contratos.

O critério adotado, a nosso sentir, é insuficiente porque admite a existência de grande desequilíbrio contratual sem que esteja pautado na vontade livre e concreta das partes, viabilizando a existência de contratos injustos. A construção de um contrato materialmente justo, com vistas à consecução dos valores constitucionais, não pode ser limitada a institutos isolados e de difícil aplicação prática; antes, cabe ao intérprete garantir que os negócios jurídicos sejam efetivamente frutos da vontade das partes envolvidas, não se coadunando com artifícios utilizados para acarretar prejuízos ao outro.

É preciso, pois, ponderar os princípios em colisão pela máxima da proporcionalidade, buscando-se uma solução em que se garanta aos indivíduos maior autonomia para definir o conteúdo dos negócios jurídicos (privilegiando a liberdade econômica), mas sem que isso signifique a completa desconsideração do princípio do equilíbrio contratual. Imprescindível encontrar o(s) fator(es) de *discrímen* dos contratos para que se possa qualificar um desequilíbrio como injusto e outro, não.

Analisando os institutos citados no final do tópico antecedente, é possível identificar três fatores preponderantes para admissão da intervenção judicial no conteúdo do contrato com vistas à garantia do equilíbrio: (1) a obtenção de um benefício injustificado; (2) a existência de uma situação de vulnerabilidade; e (3) a desconformidade com o princípio da boa-fé.

³⁷ Sobre a evolução histórica do instituto, remetemos a leitura para ADRIANO MARTELETO GODINHO, *A lesão no novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 58-60; PEDRO EIRÓ, *Do negócio usurário...* p. 11-14; e ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...* p. 469-472 e 485-500.

Imprescindível, pois, analisar a incidência do princípio do equilíbrio não num sistema rígido de estruturas, mas num *sistema móvel*, privilegiando a interpretação sistemática do direito com vistas à função dos institutos, de modo que a maior intensidade de um desses fatores possa diminuir o rigor dos demais ou até mesmo dispensá-los. A análise deve ser casuística, mas sem levar ao casuísmo.

Em suma, na ponderação de prevalência dos princípios da liberdade contratual e do equilíbrio, devemos adotar um sistema que permita – sem fugir dos preceitos legais – garantir que a vontade das partes seja valorizada, mas sem escondermos sob a máscara da autonomia formal, da igualdade formal, da justiça formal... é imprescindível que seja analisado o contrato real para avaliar se o seu conteúdo reflete os interesses de ambos e se não refletir, apurar a existência de alguma disfuncionalidade do sistema para corrigi-la, não com o objetivo de suprimir a autonomia privada, mas sim de garanti-la em seu aspecto material, viabilizando que o contrato seja representante efetivamente a justiça comutativa voluntária.

Capítulo 2 – Identificando o injusto

Apontamos acima que existem três fatores preponderantes a justificar a intervenção judicial nos contratos: (1) a obtenção de um benefício injustificado; (2) a existência de uma situação de vulnerabilidade; e (3) a desconformidade com o princípio da boa-fé. A injustiça de um contrato decorre, pois, da confluência desses fatores.

Em suma, o benefício será injustificado quando não estiver amparado na alocação de riscos, ou, melhor dizendo, quando “não refletir qualquer dispêndio de tempo ou dinheiro pelo qual a parte favorecida devesse ser recompensada ou qualquer risco que a parte desfavorecida tivesse assumido e pelo qual tivesse sido compensada”³⁸. A situação de vulnerabilidade deve ser entendida num conceito mais amplo, abrangendo qualquer forma de inferioridade do poder negocial que tenha sido a causa do desequilíbrio. A injustiça está, ademais, associada a uma conduta contrária à boa-fé objetiva, mas não necessariamente maliciosa, como explicaremos oportunamente.

2.1. O sistema móvel

Conforme tivemos a oportunidade de demonstrar, a aplicação dos institutos da usura e da lesão – umas das principais manifestações do princípio do equilíbrio em sua faceta originária das codificações portuguesa e brasileira, respectivamente - é rara, e isso pode dever-se a diversos fatores: a dificuldade probatória, a baixa adesão dos julgadores em reconhecer a presença dos requisitos, os riscos de os benefícios obtidos serem pequenos em relação aos custos do processo etc.³⁹

³⁸ JAMES RUSSELL GORDLEY; HAO JIANG, *Contract as Voluntary Commutative Justice*. In Michigan State Law Review. n. 3, 2020, p. 750.

³⁹ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 500 expôs sua crítica: “Apesar de todos os alargamentos que se têm tentado – e que até já incluíram uma específica atuação do legislador – a usura mantém uma frágil capacidade de concretização. Pouco invocada pelos interessados, em juízo, dadas as dificuldades de prova que acarreta, ela encontra escassa receptividade nos tribunais. Assim, havendo uma doação mista – portanto: uma venda por baixo preço, de modo a beneficiar os compradores – o tribunal não vê usura, por não se caracterizar suficientemente a fragilidade do vendedor e por, tendo os compradores assumido o compromisso de cuidarem do comprador [*rectius*: vendedor] até ao fim dos seus dias, o benefício parecer justificado. Outros casos que têm encontrado decisão no foro português: trabalhadores são levados a renunciar a um suplemento de reforma: não há usura por não se ter provado uma situação de necessidade ou de dependência, por parte deles; uma presa inclui, numa empreitada, uma cláusula de revisão de preços insuficiente: a simples invocação

A experiência mostrou-nos que, quando se trata da aplicação do princípio do equilíbrio, é correto o aforismo latino “*Summum ius, summa iniuria*”. A rígida aplicação dos requisitos de configuração daqueles institutos acaba por restringir o seu potencial de grande contribuição para o ordenamento jurídico e, no que mais importa, implica em convalidar os contratos nos quais a parte lesada não aquiesceu validamente aos termos negociados.

No atual estágio evolutivo do direito, o brocardo latino “*Dura lex, sed lex*” não pode ser tido como um dogma. A rigidez da lei, capaz de acarretar injustiças, deve ceder espaço quando em conflito com os valores constitucionais. A experiência do Pós-Guerra apresentou uma nova face do positivismo jurídico, aberto a valores e calcado não só em estruturas imóveis, revelando que a lei deve ser dura, mas pode ser moldada diante do caso concreto. “*Dura lex, sed latex*”⁴⁰. Este aforismo manifesta, em essência, o que WALTER WILBURG denominou “sistema móvel”.

Conforme resumiu RAÚL GUICHARD, em sua “Apresentação da tradução” da obra de WILBURG, “[o] essencial do «sistema móvel» reside em que os «elementos» ou «forças» que o compõem tem um peso distinto e são, de algum modo, «fungíveis» ou permutáveis. Mais precisamente, os fundamentos de determinado efeito jurídico assumirão, entre si, diversa ponderação ou peso (no limite, a particular acuidade de um poderia levar a prescindir da verificação de outro) e interferem também com a medida da consequência (logo ocorrerá, a este propósito, a fórmula da glosa: *quia eadem est ratio vel major, ergo idem ius*)”⁴¹.

Isso não significa, por certo, abandonar os critérios adotados pela lei, pois os elementos a serem ponderados estão alocados no próprio sistema, não sendo lícito não ao juiz valer-se de valores extra-sistêmicos; como resumiu WILBURG⁴²: “o juiz seria

de ‘pressão por falta de dinheiro e a sua sobrevivência como empresa’ é insuficiente para aplicar o artigo 282.º; o cliente de um banco, aconselhado por este a fazer um certo negócio ruinoso, não tem proteção por via da usura por esta não proteger os incautos e os imprevidentes”. Igualmente, no direito brasileiro, ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 111: “A alegação da lesão em sede judicial é inibida pelas dificuldades inerentes à demonstração de um estado de ‘inexperiência’ ou ‘necessidade’ do contratante lesado – argumento normalmente visto, já de antemão, com certa antipatia pelo Poder Judiciário por seu viés vitimista e assistencialista, especialmente em um campo no qual as relações são presumidamente paritárias. Ainda que decida enveredar por tal caminho, superando o esforço probatório, o autor da demanda logrará como resultado a anulação do negócio jurídico, efeito que, no mais das vezes, não lhe interessa, nem é simples nas suas consequências por sua eficácia *ex nunc*”.

⁴⁰ A expressão foi originalmente utilizada pelo escritor brasileiro Fernando Sabino em tom crítico: “A lei é dura, mas é a lei. Para os ricos, é dura lex, sed latex. A lei é dura, mas estica”.

⁴¹ WALTER WILBURG; RAÚL GUICHARD, *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil: Apresentação da tradução*. In *Direito e Justiça*. 09 de 2000, Vol. v.14 n. 3, p. 51-52.

⁴² WALTER WILBURG; RAÚL GUICHARD, *Desenvolvimento de um sistema móvel...* p. 72.

chamado a tomar livremente a sua decisão segundo uma «discrecionariedade orientada»⁴³.

Registre-se que a ideia de mobilidade do sistema não é estranha ao direito português – que tem influenciado sobremaneira a doutrina brasileira –, tendo ganhado adesão no âmbito da responsabilidade civil, campo para o qual foi inicialmente desenvolvida⁴⁴. No Acórdão de 04/11/2021 (Processo nº 17431/19.5T8LSB.L1.S1), relatado por Jorge Dias, o Supremo Tribunal de Justiça expressamente a acolheu: “*VI - Note-se que estes pressupostos não são necessariamente cumulativos, processando-se a sua articulação dentro dos mecanismos de uma sistemática móvel, ou seja, a falta de algum ou alguns deles pode ser suprida pela especial intensidade que assumam os restantes*”. Tampouco é desconhecida do direito brasileiro⁴⁵.

Mas é certo que a mobilidade, ainda que venha a ser encarada de modo excepcional, não está restrita ao campo da responsabilidade civil. O próprio WILBURG defendeu a sua aplicação no âmbito dos contratos para a caracterização da usura⁴⁶. Em

⁴³ Sobre a questão, CANARIS arguiu que “a característica da mobilidade do sistema é, por um lado, a rejeição de Wilburg do estabelecimento de uma hierarquia definida entre os «elementos», os quais ele coloca no mesmo nível, e, por outro lado, que eles não precisam existir todos em qualquer caso, mas podem substituir uns aos outros. As características essenciais do «sistema móvel» são, portanto, a igualdade básica de posição e a intercambialidade recíproca dos princípios ou critérios decisivos da justiça - pois tais estão de fato em jogo quando Wilburg fala de «elementos» ou «forças móveis», ao mesmo tempo em que renuncia a uma conformação rígida do pressuposto fático” (CLAUS-WILHELM CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*. [trad.] Juan Antonio García Amado. Santiago: Olejnik, 2023, p. 76).

⁴⁴ Veja-se, por exemplo, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 586, quando trata da responsabilidade pela confiança: “(...) Esses pressupostos articulam-se entre si em sistema móvel, o que significa que a falta de força, ou mesmo, nalgum caso específico, a ausência de um deles, é susceptível de ser compensada com o carácter particularmente intenso do outro”. Ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil...* p. 1249): “(...) Em casos particulares, a tutela singra mesmo na falta de algum ou alguns dos pressupostos, desde que os restantes, ou algum deles, assumam tal intensidade que permita compensar a falta: os diversos pressupostos actuam de acordo com o modelo móvel”.

⁴⁵ Vide JUDITH MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 180-181: “Ainda que sem levar ao pé da letra a concepção de Walter Wilburg sobre o «sistema móvel», é perfeitamente lícito cogitar de, em campos normativos relativamente «dúcteis», como o Direito das Obrigações, de uma estruturação enucleada em uma pluralidade de elementos que podem ser articulados em combinações varáveis, sem que exista uma hierarquia prévia e rígida entre esses elementos”.

⁴⁶ WALTER WILBURG; RAÚL GUICHARD, *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil...* p. 69-70: “De modo especialmente claro se revela a diversidade das forças que se conjugam na hipótese da usura. Esta pressupõe, por um lado, uma manifesta desproporção das prestações, portanto, um enriquecimento excessivo, por outro, uma situação de necessidade ou fraqueza de entendimento, inexperiência, leviandade por parte do explorado, e, finalmente, uma culpa grosseira da contraparte. Não existe consenso na ciência jurídica quanto a saber se a invalidade também abrange um contrato em que estão reunidos vários, mas não todos, os pressupostos do negócio usurário. É possível chegar aqui a uma solução recorrendo à ideia da relatividade das forças, segundo a qual, por exemplo, uma culpa (ainda que leve) daquele que lucrou com o negócio é suficiente quando a situação de

Portugal a questão não é estranha. CARNEIRO DA FRADA já defendeu sua aplicação aos negócios usurários⁴⁷ e também o fez MENEZES CORDEIRO: “As proposições do artigo 282.º devem ser interpretadas e aplicadas em conjunto, dentro da mecânica de um sistema móvel: quando a lesão seja muito grande, a ‘exploração’ e a fraqueza do prejudicado poderão estar menos caracterizadas. E quando a dependência do prejudicado seja escandalosa – por exemplo – não será de exigir um tão grande desequilíbrio”⁴⁸.

Partindo dessas premissas, pretendemos avaliar em que medida as chamadas “forças causais” referidas por WILBURG podem ser conformadas para a construção da justiça contratual, auxiliando na definição da relação de precedência dos princípios. Três serão os fatores analisados, por contribuírem mais expressivamente na construção do raciocínio, apesar de não se descartar a importância concreta de outros não citados. A enumeração taxativa é, talvez, um esforço hercúleo e pouco profícuo, pois cada negócio jurídico poderá estar submetido a influências diversas, sendo mais relevante e mais adequado ao quanto já expusemos a menção aos elementos já dados pelo sistema: (1) o desequilíbrio, como elemento objetivo; (2) a vulnerabilidade, como elemento subjetivo; (3) a boa-fé, que elencaremos aqui como elemento normativo.

2.2. Primeiro Fator: O desequilíbrio

necessidade do lesado é especialmente grave e a desproporção das prestações apresenta um grau particularmente excessivo.

Se uma das partes não recebe por força do contrato sequer a metade do valor daquilo que prestou à contraparte (*laesio enormis*), então o § 934 ABGB concede-lhe uma possibilidade aparentemente autónoma de anulação. O direito de anulação desaparece, porém, quando ele conhecia o verdadeiro valor das prestações e, portanto, não existe um erro da sua parte como causa coadjuvante da anulabilidade”.

⁴⁷ Argumentou o autor: “Aliás, a amplitude com que o art. 282.º, nº 1 traça entre nós o negócio usurário e elenca os seus pressupostos confirma este entendimento. É que, num sistema móvel, o requisito da ‘exploração’ (referido, com grande largueza, à situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de alguém) facilmente se aceitará estar satisfeito quando o sujeito – pensamos em particular no intermediário financeiro – induz por alguma forma que seja, ou mesmo apenas se dispõe, a celebrar um contrato totalmente irrazoável com a outra parte (indiciando a enorme desproporção logo – *res ipsa loquitur* – uma ligeireza, inexperiência ou ‘fraqueza’ da contraparte na forma como lidou com a situação!); caberá ao intermediário financeiro o ónus da prova de que a exploração não ocorreu e o contrato se encontra justificado por uma causa legítima. De todo o modo, há espécies em que o elemento subjectivo da usura – a ‘exploração’ da vítima pelo usurário – nem sequer é, *de lege lata* mesmo, necessário. Por outras palavras: enquanto a usura representa, como se sabe, tradicionalmente, um ilícito comportamental, ela pode apresentar-se, nalgumas espécies como realidade objectiva, prescindindo de uma conduta reprovável (na senda, então, da *laesio enormis* do direito comum)” (MANUEL CARNEIRO DA FRADA- *Autonomia Privada e Justiça Contratual: Duas questões, nos 50 anos do Código Civil*. In MANUEL CARNEIRO DA FRADA- *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 25).

⁴⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 499.

2.2.1. Em relação ao conteúdo da prestação

O princípio do equilíbrio está intrinsecamente relacionado ao sinalagma contratual, que impõe a reciprocidade das prestações e se consubstancia na relação de correspondência que existe entre elas, inclusive a nível econômico. De acordo com FRANCESCO CAMILLETI, essa correspondência econômica “significa uma avaliação, pelas partes contratantes, do benefício que cada prestação, do qual são respectivamente credores, lhes traz em relação à perda patrimonial que sofrem em consequência do adimplemento da prestação pela qual se obrigaram”⁴⁹, concluindo então que o valor das prestações tende, com base na avaliação dos interesses em jogo feita pelas partes contratantes, a ser homogêneo.

Essa explicação precisa ser complementada. Como as transações são realizadas num contexto histórico, econômico e social, as partes já têm uma noção predisposta acerca do valor dos bens analisando o que costuma ocorrer. Por isso, a avaliação de custo-benefício não é operada tanto com base no interesse a ser satisfeito, mas principalmente com os usos locais numa análise de oferta e demanda⁵⁰. E essa relação é especialmente relevante no âmbito dos contratos comutativos, nos quais impera a equivalência das prestações. Para que se possa afirmar a equiparação, é preciso que reconhecer a existência de um preço justo, objetivo, identificado pelo preço de mercado⁵¹ (se não houver imposição de Poder Público), pois somente a partir dele é que as partes podem realizar a valoração do custo-benefício da transação.

Aliás, é do reconhecimento da existência de um preço objetivamente justo que se concebe a vedação aos negócios usurários: a concessão de “benefícios excessivos ou injustificados” só pode ser avaliada a partir de um elemento externo ao contrato em particular e isso é bem evidenciado no art. 157, §1º, do Código Civil brasileiro: “Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”. De fato, somente a partir do conhecimento do preço de mercado é que poderá ser avaliada a justiça interna do contrato.

⁴⁹ FRANCESCO CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milão: Giuffrè Editore, 2004, p. 23.

⁵⁰ Apenas quando não existe um valor de mercado é que se poderia falar, realmente, na definição subjetiva do preço. Enquanto houver oferta e demanda, o mercado tende ao equilíbrio.

⁵¹ Admite-se a relevância deste parâmetro a partir da aceitação da validade da “teoria do mercado eficiente”, segundo a qual todas as informações disponíveis ao público são incorporadas ao preço dos bens (a chamada “eficiência fraca”).

Adotado o parâmetro do preço de mercado como o preço justo, qualquer desvio importará em desequilíbrio contratual, mas isso não significa que será necessariamente injusto. É que a formação de um contrato não se dá exclusivamente a partir do valor da troca, mas também da gestão de riscos e oportunidades e da habilidade negocial. Ademais, é preciso ter em mente que o mercado é flutuante, exatamente porque reflete a oferta e a demanda por um determinado bem, por isso toda contratação é também uma aposta (de que o preço futuro será maior ou menor do que o presente, por exemplo).

Em razão desta flutuação, é possível que alguém tenha mais informações do que aquelas disponibilizadas ao público (e incorporadas ao preço de mercado) e, com isso, consiga prever melhor a variação dos preços. Acaso se pudesse realizar apenas contratos com prestações equivalentes, caberia ao detentor da informação dar conhecimento ao outro contratante para que houvesse o ajuste da precificação. Adotar este entendimento, vê-se, não é lógico (salvo nas hipóteses em que haja o dever de prestar ditas informações); ao contrário, é coerente que aquele que tenha conseguido as informações possa beneficiar-se delas. Da mesma forma, alguém que não procura mais informações acerca das possibilidades de obter uma melhor oferta está assumindo o risco de que elas não justificam o custo de sua obtenção.

E esse raciocínio é igualmente aplicável aos bens únicos, não fungíveis, cujo preço de mercado não é facilmente acessível. JAMES GORDLEY traz o exemplo do mercado imobiliário: uma casa não pode ser mostrada a todos os possíveis compradores de uma só vez, nem um comprador pode ver, de uma só vez, todas as casas que ele pode querer comprar. O risco que cada parte corre não é simplesmente que o preço possa subir ou cair depois que ele contratar. O risco, para o vendedor, é que se tivesse esperado mais tempo poderia ter obtido um preço mais alto e, para o comprador, que se tivesse procurado mais tempo poderia ter encontrado uma casa melhor pelo mesmo preço ou uma casa tão boa quanto por um preço mais baixo. Quem não espera mais ou procura mais assume esse risco⁵².

Esta gestão de riscos e oportunidades é extremamente importante para saber se o desequilíbrio contratual é ou não relevante para o direito, sendo demasiado simplificado atrelar a injusta contratual apenas à disparidade do preço. Basta pensarmos que na última década, mais acentuadamente, houve o acesso por

⁵² JAMES RUSSELL GORDLEY; HAO JIANG, *Contract as Voluntary Commutative Justice...* p. 748.

consumidores a mercados globais que funcionam a margens baixíssimas de lucro, que são incapazes de serem atingidos localmente. Ademais, a própria ideia de revenda de bens revela a existência de disparidades de acesso a níveis de mercado, o preço de varejo difere do preço de atacado e assim por diante. É natural que os custos do intermediário sejam repassados ao destinatário final, assim, por qual razão não se poderia premiar a diligência? Para além disso, deve-se ter em mente que as pessoas não são obrigadas a negociar por um determinado preço, sendo elas livres a definirem os termos em que aceitam transacionar e que o fazer fora do preço de mercado não configura ato ilícito. Por isso que associamos o contrato injusto a três ordens de fatores e não apenas ao preço.

Contudo, a desproporção é, por si só, relevante fator na ponderação, visto que há presunção legal de que os contratantes tendem a estabelecer prestações equitativas (e por isso que, na dúvida, o contrato oneroso é interpretado de forma que promova o maior equilíbrio das prestações). O desvio do valor de mercado aponta, ainda que indiciariamente, que houve ruídos no processo formativo do contrato, como a assimetria de informações, estado de necessidade ou influência indevida, por exemplo⁵³. Ademais, pela *curva de indiferença* que traçamos anteriormente, há um espectro em que o grau de importância de satisfação do princípio da liberdade contratual é mínimo e o grau de satisfação do princípio do equilíbrio é elevado: são situações em que o desequilíbrio é tão acentuado que a ordem jurídica já não se preocupa se foi ou não fruto da vontade das partes, simplesmente nega-lhe a eficácia conformativa. Tem-se utilizado, para tanto, a cláusula geral dos *bons costumes*, como se observa do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21/03/2013, de relatoria do Conselheiro Granja da Fonseca (Processo nº 637/1999.L1.S1): “Ofende os bons costumes o negócio em que o 2.º réu, em conluio com a 1.ª ré, cuja gerente era a sua mulher, aproveitou-se da procuração que lhe fora outorgada e faz deslocar da esfera jurídica da ré propriedades por um preço 20 vezes inferior ao respectivo valor venal”.

O recurso à imoralidade do contrato é interessante, porque apesar de haver uma valoração da conduta dos contratantes, assemelhando-se, em alguma medida, à noção de abuso de direito, o essencial para a sua configuração é o grau de desproporção das prestações assumidas, capaz de incutir a ideia de que se trata de um negócio dissimulado; é dizer, a contraprestação é tão ínfima que se poderia entender que houve

⁵³ STEPHEN A. SMITH, *Contract Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 352.

doação ou uma liberalidade de agir do outro contratante. O contrato, para que fosse válido, deveria assumir outra natureza, afastando o sinalagma econômico.

Mas a tutela da desproporção não se restringe aos casos extremos. Sob o espectro dos negócios usurários, podemos abranger múltiplas hipóteses. Como aludimos *supra*, a base histórica do instituto da usura é a lesão do direito romano, que foi chamada, tanto no direito português quanto brasileiro⁵⁴, como *lesão enorme* ou *lesão ultra dimidium*. Há de se observar, contudo, que não houve o abandono por parte do legislador da ideia de controle do conteúdo do contrato em razão exclusivamente do desequilíbrio das prestações. Maior exemplo é o art. 1.146 do CCP: o legislador impôs o limite máximo de juros (não sendo aplicável aos contratos firmados por instituições financeiras) e determinou a redução mesmo *contra* a vontade dos contratantes. É dizer, independentemente da exploração de qualquer vulnerabilidade, a desproporção impõe a intervenção sobre o contrato.

Não podemos negar a razão histórica da recriminação ao mútuo feneratício, que remonta à Aristóteles e evoluiu com o direito canônico⁵⁵, mas o que se deve avaliar é se o tratamento diferenciado se justifica atualmente. Por que aceitar a limitação do lucro com os juros e não por outras formas que acarretam semelhante ou mais grave prejuízo ao devedor?

A ideia de controle do equilíbrio contratual apenas pelo elemento objetivo não é estranha, como já se mencionou, ao direito português ou brasileiro⁵⁶, mas vai aquém do que poderia ser. É que, havendo a abertura do sistema com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados (“benefícios excessivos ou injustificados” no caso português e “prestação manifestamente desproporcional”, no brasileiro), é possível valermos de elementos do próprio ordenamento jurídico para a aferição objetiva do desequilíbrio, não para impor uma tarifação que em nada colaborará para a aplicação do princípio

⁵⁴ Noção consagrada nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que regulavam não apenas o Direito Português quanto o Brasileiro, este até a edição do Código Civil de 1916. Neste e no Código de Seabra, a figura já não mais subsistiu, dada a influência do liberalismo em sua vertente de projeção do voluntarismo como força motriz do direito dos contratos (RUI PINTO DUARTE, *O equilíbrio contratual como princípio jurídico...* p. 689).

⁵⁵ Ver, a esse respeito, PEDRO EIRÓ, *Do negócio usurário...* p. 12 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 475-484.

⁵⁶ O Decreto nº 22626, de 7 de abril de 1938, conhecido como a Lei da Usura, veda, em seu art. 1º, a cobrança de juros em taxa superior ao dobro da taxa legal. O Código Civil, a seu turno, dispõe em seu art. 591 que: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”. Tampouco aplicável aos contratos firmados por instituições financeiras.

do equilíbrio, mas para fornecer ao julgador elementos para apreciação do caso concreto⁵⁷.

No âmbito do direito brasileiro, podemos tomar por referência a adoção da lesão enorme na alienação judicial: o art. 891 do Código de Processo Civil não admite o lance que ofereça preço vil, assim considerado “o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação” (parágrafo único). O Superior Tribunal de Justiça, porém, tem entendido que o critério pode ser flexibilizado diante das circunstâncias do caso concreto⁵⁸, mas a norma é um

⁵⁷ Conforme apontou ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 133-134, a discricionariedade judicial para a aferição da desproporção manifesta, se, por um lado, “oferece a vantagem de permitir uma aplicação mais flexível do instituto, acaba, por outro lado (...), esvaziando a importância do requisito objetivo e conduzindo, às vezes, à sua mesclagem com o requisito subjetivo”.

⁵⁸ Vide REsp n. 2.039.253/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 23/3/2023:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMÓVEL PENHORADO. ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR. APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PREÇO VIL À ALIENAÇÃO DIRETA. EXEGESE DO ART. 891, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE A FLEXIBILIZAR O CONCEITO LEGAL. PECULIARIDADES DA HIPÓTESE DOS AUTOS. VENDA POR PREÇO VIL NÃO CARACTERIZADA. INÚMERAS TENTATIVAS FRUSTRADAS DE ALIENAÇÃO POR HASTA PÚBLICA. IMISSÃO NA POSSE DO IMÓVEL HÁ MAIS DE 4 ANOS. BENFEITORIAS REALIZADAS. MANUTENÇÃO DA ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

1. Ação de cobrança, ajuizada em 30/5/1996, em fase de cumprimento de sentença desde 23/8/1999, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/5/2021 e concluso ao gabinete em 16/11/2022.

2. O propósito recursal consiste em decidir se (I) o conceito legal de preço vil, previsto no art. 891, parágrafo único, do CPC/15, aplica-se à hipótese de alienação de imóvel por iniciativa particular; e se (II) é possível, diante das peculiaridades da situação em concreto, admitir a arrematação em valor menor ao equivalente aos 50% (cinquenta por cento) da avaliação atualizada do bem, sem caracterizar preço vil.

3. O art. 891 do CPC/15 dispôs que “considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”.

4. Trata-se de regra aplicável às diversas modalidades de transmissão coativa dos bens penhorados, seja na adjudicação, seja na alienação (art. 825 do CPC/15). Logo, também incide na alienação por iniciativa particular e por leilão judicial eletrônico ou presencial (art. 879 do CPC/15).

5. A jurisprudência desta Corte flexibiliza o conceito legal de preço vil em hipóteses específicas e reconhece a possibilidade de, diante das peculiaridades da situação em concreto, admitir a arrematação em valor menor ao equivalente a cinquenta por cento da avaliação do bem, sem caracterizar preço vil. Precedentes.

6. Hipótese em que o imóvel foi alienado por 53,86% do valor originário da avaliação e por 41,45% do valor atualizado desde a última tentativa de alienação por hasta pública. Ainda, importa considerar que foram realizadas diversas tentativas frustradas de alienação judicial (12 ao total), e que, no particular, a recorrente foi imitada na posse do imóvel em novembro de 2018 e já realizou, inclusive, diversas benfeitorias no local.

7. Acórdão recorrido que anulou a alienação direta e determinou a realização de nova perícia de avaliação. Necessidade de reforma do decisum.

indicativo de que o “critério do dobro do valor” pode, em determinadas circunstâncias, ser utilizado por si só para invalidar um negócio jurídico.

O Código de Processo Civil português, a princípio, não admite a alienação judicial por preço inferior a 85% do valor base, salvo se houver concordância do exequente, do executado e de todos os credores com garantia real sobre os bens alienados (artigos 816.º, n.º 2 e 821.º, n.º 3).

Veja-se que as referidas normas visam à proteção do devedor, que tem seu patrimônio expropriado e negociado sem que possa participar da definição do preço, mas indicam a possibilidade de controle, não do conteúdo do contrato, pois disso não se trata, mas da relação de equivalência das prestações, independentemente de qualquer situação de vulnerabilidade ou de exploração por parte do adquirente.

Nas relações contratuais, é possível verificar a influência da *ordem pública de proteção* na apreciação do desequilíbrio. No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por exemplo, encontramos a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, inciso V), sendo irrelevante uma situação concreta de necessidade ou inexperiência. Semelhantemente, o art. 9.º, n. 2, alínea b) da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor) obriga o fornecedor a não incluir cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

Nesta ordem de ideias, a adoção de um critério minimamente objetivo auxilia a aplicação do instituto, mas da ductibilidade do texto normativo deve-se extrair que o maior afastamento do critério acarreta a menor necessidade da intensidade dos demais elementos.

Considerando que a justiça comutativa exige uma proporcionalidade das prestações, mas incorpora em si a possibilidade de uma das partes obter retorno superior ao preço de mercado em razão das diligências e dos riscos assumidos, é natural que haja discrepâncias pontuais em relação ao valor paradigmático. Por outro lado, quando a variação é muito elevada, deve-se presumir que houve alguma deficiência no modo de contratar que tenha ocasionado o desequilíbrio. Isso porque,

8. Na espécie, não há de ser considerado vil o preço na arrematação por iniciativa particular, mesmo que inferior a 50% do valor atualizado da avaliação do imóvel. Trata-se de interpretação que melhor atende ao princípio da razoável duração do processo, bem como ao princípio da proteção da confiança legítima.

9. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e reconhecer a validade da alienação por iniciativa particular realizada.

como sustentam os economistas, a maioria das pessoas é avessa ao risco, ou seja, prefere garantir a manutenção de seu patrimônio do que se sujeitar à possibilidade de perder dinheiro com vistas a obter um retorno maior. Com isso, é natural que um contrato implique a alocação de riscos que cada um aceite se sujeitar.

O desequilíbrio é relevante, portanto, quando impõe um risco para o qual a parte não é compensada, e isso independe do poder negocial dos contratantes. Assim é que o critério da *ultra dimidium*, pela sua relevância histórica, pode ser adotado como fator a ser considerado na aferição objetiva do desequilíbrio, não como requisito indispensável para o controle do conteúdo do contrato, mas apenas como parâmetro para aferição dos demais elementos: quanto maior o afastamento da variação superior a 50% do valor de mercado, menor deve ser a necessidade de prova da situação de vulnerabilidade do outro contratante.

Para melhor explicar o raciocínio, tomemos por exemplo um imóvel avaliado em 100.000 €. Em um contrato entre pessoas avessas a risco, é natural que cada uma delas intente obter ao menos o valor de mercado do bem; mas como há liberdade negocial, o bem pode ser vendido por preço superior ou inferior. O vendedor, caso não queira esperar ofertar melhores, pode vendê-lo com desconto de 20% para garantir a conclusão do contrato, e o comprador, pode aceitar comprá-lo por preço 20% maior porque não deseja procurar outros imóveis. Há aqui uma alocação de riscos em que as partes são compensadas pela disparidade do preço de mercado.

No entanto, quando a diferença do valor de mercado aumenta, deve-se deixar de presumir que foi fruto do exercício da autonomia da vontade e passar a entender que o contrato pode ter algum vício no processo formativo, até o ponto de se presumir o defeito do negócio jurídico. Para tanto, pode-se valer do desvio-padrão relativo àquele tipo de contrato, isto é, o que estatisticamente ocorre de variação de preço ou das regras ordinárias de experiência. Como ponto de inflexão, no caso dos imóveis, pode-se adotar o critério da *laesio enormis*, mas que pode variar a depender do tipo de contrato a ser analisado, tomando por referência a variabilidade natural do preço. O percentual, para que não seja arbitrário, deve ser aferido a partir da irrazoabilidade em se aceitar, salvo por imposição, o preço ofertado.

No ponto de inflexão, haverá a inversão do ônus probatório, sem prejuízo de se admitir a diminuição da carga à medida que se afaste das variações que normalmente acontecem no tipo de contrato⁵⁹, face à mobilidade do sistema.

2.2.2. Em relação às demais cláusulas do contrato

Para além da definição do preço, o negócio pode ser considerado usurário sempre que houver algum benefício excessivo ou injustificado. E é neste aspecto que, pensamos, reside a maior diferença de tratamento dado para a questão pelo Direito brasileiro, pois neste há expressa menção apenas à “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

De fato, ao aludir amplamente a benefícios, o Código Civil português indica que o prejuízo sofrido pela parte lesada não será, necessariamente, decorrente da desproporção das prestações⁶⁰, mas pode se referir às demais cláusulas necessárias ou eventuais do contrato⁶¹. Nada obstante, vigente o princípio do equilíbrio também no direito brasileiro e não havendo na lei vedação ao controle da proporcionalidade para além da prestação, entendemos que o artigo 157 do Código Civil brasileiro pode ser interpretado ampliativamente, para tutelar todo o conteúdo do contrato. Reforça, ainda, a aplicação da função social do contrato, que internamente visa à tutela da parte vulnerável e dos valores sociais, dentre os quais a igualdade material⁶².

⁵⁹ De forma semelhante ao ora exposto, ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 124) argumenta que “quanto maior o desequilíbrio entre as prestações contratadas, mais intensa deve ser a presunção de que a parte lesada celebrou o negócio jurídico sem a plena compreensão dos seus efeitos (inexperiência *lato sensu*) ou restou compelida, mesmo assim, a celebrá-lo por circunstâncias fáticas que escapam à normalidade da vida negocial (necessidade *lato sensu*). Se o contratante beneficiado não é necessariamente responsável por esse estado de inexperiência ou necessidade em sentido amplo, tampouco se justifica que seja favorecido com ganho manifestamente desproporcional ao valor da contraprestação que se obriga a realizar”.

⁶⁰ PEDRO EIRÓ - *Do negócio usurário...* p. 59.

⁶¹ Utilizamos aqui a classificação adotada por MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 539, para quem as cláusulas necessárias são aquelas que correspondem a “fatores que, embora na disponibilidade das partes, tenham, por elas, de ser fixados sob pena de incompletude do negócio” e as cláusulas eventuais são “os elementos que as partes poderão incluir no negócio se o entenderem”.

⁶² “(...) a função social do contrato teria como objeto assegurar a igualdade entre as partes, não permitindo que houvesse qualquer tipo de sobreposição de vantagens em relação à parte hipossuficiente técnica e economicamente. Ter-se-ia uma ideia de igualdade solidária, ou seja, todos que desejam celebrar um contrato deveriam ter assegurado o direito de paridade de armas e em igualdade de condições, com isso, a função social do contrato estaria, supostamente, alcançada” (RENNAN THAMAY, ET AL - *A Função social do contrato: atualizado de acordo com a lei da liberdade econômica (Lei no 13.874/2019) e o regime jurídico emergencial de direito privado (Lei nº 14.101/2020)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 126). Vide, ainda, PAULO LÔBO, *Direito civil: contratos...* p. 28): “O princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das

Assim, todo o conteúdo é passível, em tese, de configurar a desproporção, tal como o prazo e local de pagamento, cláusula penal, cláusulas restritivas de direitos, garantias etc. Podem, aqui, ser elencadas todas as cláusulas referidas nos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do DL 446/85, que tratam das cláusulas relativa e absolutamente proibidas no âmbito das *ccg*.

Para a identificação da desproporção, deve-se novamente partir da premissa de que as pessoas, em regra, são avessas a risco e normalmente ele será alocado na parte que pode suportá-lo ao menor custo e ajustarão o preço do contrato para compensá-lo⁶³. Para analisar quem pode suportar o risco, JAMES GORDLEY apresenta três fatores, seguindo a teoria econômica de Richard Posner: o primeiro, é quem pode melhor prever a magnitude do risco; o segundo, é quem pode melhor controlá-lo (ou evitar a sua ocorrência); o terceiro fator é quem pode melhor distribuir o risco por transações semelhantes, seja adquirindo seguros ou se auto-segurando. O jurista argumenta ainda que mesmo que o risco seja colocado sobre a parte que mais facilmente pode suportá-lo, o contrato pode ser injusto se essa parte não foi compensada por fazê-lo⁶⁴.

Ademais, devemos tomar como parâmetro a natureza do contrato, sua regulamentação típica, se houver, a causa subjacente àquela disposição, observando ainda os usos e costumes do local, para saber se a cláusula é ou não compatível com a racionalidade econômica. É preciso compreender, em suma, o que justificou a inclusão da cláusula para que se apure se houve ou não benefício excessivo ao usuário.

Não se pode descuidar, porém, que não existe uma determinação legal para que às partes sejam conferidos idênticos direitos no âmbito contratual⁶⁵. Ao contrário, o que se vislumbra é que usualmente são definidas posições jurídicas diversas, conforme o polo da relação. Realmente, podemos ilustrar a diferença de direitos com o contrato empreitada, no qual é conferido ao dono da obra o poder de exigir que sejam feitas alterações no projeto sem que igual faculdade seja conferida ao empreiteiro (vide

relações negociais, do princípio constitucional da justiça social. O princípio da justiça social não se realiza sem a consideração das circunstâncias existentes, pois é justiça promocional, no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Toda atividade econômica grande ou pequena, que se vale dos contratos para a consecução de suas finalidades, somente pode ser exercida ‘conforme os ditames da justiça social’ (CF, art. 170). Conformidade não significa apenas limitação externa, mas orientação dos contratos a tais fins. Em outras palavras, a atividade econômica é livre, no Brasil, mas deve ser orientada para realização da justiça social. É neste quadro amplo que se insere o princípio da função social dos contratos”.

⁶³ GORDLEY; JIANG, *Contract...* p. 751.

⁶⁴ GORDLEY; JIANG, *Contract...* p. 752.

⁶⁵ FRANCISCO PAULO DE C. MARINO, *Revisão contratual*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 47.

artigos 1.214.º e 1.216.º do CCP e artigos 615 e 619 do CCB). Por isso, não se deve inferir que da mera diferença de poderes contratuais haja desequilíbrio; antes, é preciso investigar se a disposição é compatível com a natureza do negócio jurídico firmado, se houve a distribuição dos riscos para quem pudesse suportá-lo com o menor custo e/ou se foi compensado por isso.

Há, em relação a estas cláusulas, aproximação entre os negócios usurários e os contratos predispostos unilateralmente, submetidos ao regime das *ccg*, no quanto se refere às razões da tutela conferida pelo Estado⁶⁶. É dizer, se a cláusula foi inserida em razão da exploração da vulnerabilidade, não permitindo ao lesado a interferência em seu conteúdo, o regime das cláusulas contratuais gerais seria aplicável mesmo por força do art. 1.º, n.º 2, do DL 446/85.

Registre-se, porém, que o controle não se limita às hipóteses de exploração da vulnerabilidade; aqui, de forma mais ampla, é possível estendê-lo sempre que houver uma distribuição de risco não compensada e que não tenha sido fruto do real concerto de vontades, seguindo sempre em conformidade com a *curva de indiferença* antes traçada.

Pensemos, pois, na hipótese de uma cláusula penal unilateral, isto é, em que apenas uma das partes é sancionada pelo inadimplemento. Em um contrato no qual o risco da atividade recai desproporcionalmente sobre uma das partes, a estipulação da multa em desfavor apenas da outra parte pode ser um meio de compensar esse mesmo risco. Por outro lado, essa cláusula pode acarretar o desequilíbrio contratual quando não servir para compensar um risco assumido por uma parte, nem o destinatário da penalidade seja compensado adequadamente.

Apesar de o controle da cláusula penal ser realizado, por regra, no âmbito do exercício jurídico, para evitar o *abuso do direito à pena*⁶⁷ (vide artigo 812.º do CCP e 413 do CCB), também é cabível a análise da validade da cláusula. De fato, o artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85 dispõe serem “proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: (...) c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”.

⁶⁶ Não por outra razão que PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 629) aponta que as cláusulas contratuais gerais viabilizam a *usura em massa*. Ainda sobre o assunto, conferir SANDRA PASSINHAS, *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*. In *Revista de Direito Comercial*. 2018, p. 161-216.

⁶⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 734.

No Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 11/12/2018, de relatoria de Eduardo Petersen Silva (processo de n.º 24435/16.8TSNT.L1-6), decidiu-se que é “desproporcionada e nula, nos termos do artigo 19º alínea c) do DL 446/85, a cláusula penal inserta num contrato de manutenção de elevadores celebrado por 20 anos, segundo a qual, na eventualidade de rescisão unilateral pelo cliente, é devido o pagamento de 50% das prestações mensais devidas até ao termo do contrato”. Apesar de a ideia subjacente ao Acórdão ser a desproporção da cláusula penal com os danos passíveis de ressarcimento, apontou-se naquela ocasião a manifesta desigualdade entre as posições das partes⁶⁸, o que nos parece relevante para as hipóteses em que o valor da cláusula penal não seja necessariamente desproporcional em relação aos danos a ressarcir, mas atribua exclusivamente a um dos contratantes os riscos do inadimplemento. O que deve ser evitado é o contrato (indesejadamente) tendencioso em prol de um contratante em detrimento do outro.

2.3. Segundo Fator: A vulnerabilidade

O segundo fator a ser considerado é a vulnerabilidade, que tanto pode ser circunstancial quanto jurídica. A primeira pode ser definida como uma situação de inferioridade que o contratante se encontra no momento da celebração do contrato que o impede de ter conhecimento do desequilíbrio ou, mesmo o conhecendo, de se opor a ele devido a uma necessidade da contratação. A segunda deve ser entendida como as situações em que a própria lei já presume a assimetria negocial, como ocorre especialmente – mas não exclusivamente – nas relações de consumo e nas cláusulas contratuais gerais.

Quanto ao aspecto circunstancial, o art. 282.º do CCP faz referência a “necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de

⁶⁸ “(...) Assim sendo, tendo presentes estas considerações e transpondo-as para o caso concreto, dir-se-á, desde logo, que é manifesta a desigualdade entre as posições das partes, sem que se vislumbre qualquer justificação para tal. Com efeito, enquanto para o cliente a mora por mais de trinta dias é equiparada a incumprimento definitivo e possibilita à autora accionar a cláusula penal (e a acrescentar-se, no momento em que entender) e receber uma indemnização em montante equivalente ao somatório de todas as prestações mensais do preço previsto até ao termo do prazo do contrato, já o cliente, em caso de incumprimento culposos da autora, apenas poderá receber o equivalente ao valor de três meses de facturação”.

carácter”⁶⁹ e o art. 157 do CCB, a “premente necessidade” e “inexperiência”. Apesar da redação mais restritiva da norma brasileira, há doutrinadores que defendem a natureza exemplificativa da enumeração, especialmente porque a legislação penal que trata da usura menciona expressamente a “leviandade”⁷⁰ e porque a interpretação restritiva não cumpriria a função a que o instituto se destina⁷¹.

Corroboram a natureza exemplificativa a redação do art. 3.2.7. dos *Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais*⁷², pois ainda que considerada como *soft law* é um importante elemento interpretativo, e o artigo 4:109, item 1, dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL, na sigla em inglês para *Principles of European Contract Law*)⁷³.

Assim, é possível conferirmos – quanto ao aspecto subjetivo – tratamento uniforme às normas portuguesa e brasileira, pois, conforme enuncia PEDRO EIRÓ, “[o] que importa é verificar se, no momento da emissão da declaração negocial, o

⁶⁹ Sobre a conceituação dessas situações de inferioridade, recomendamos a leitura dos comentários realizados Pedro Eiró ao artigo 282.º do CCP (JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (COORD.), *Comentário ao Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica, 2018). E, especialmente quanto à necessidade, argumentou CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Não é a alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a *necessidade contratual*” *apud* SCHREIBER, *Equilíbrio*... p. 116.

⁷⁰ Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951:

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; ([Vide Lei nº 1.807, de 1953](#))

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

⁷¹ SCHREIBER, *Equilíbrio*... p. 119-122.

⁷² **ARTIGO 3.2.7 (Vantagem excessiva)**

(1) Uma parte pode anular o contrato ou uma de suas cláusulas se, no momento da sua conclusão, o contrato ou a cláusula concedia à outra parte uma vantagem excessiva. Devem ser considerados, entre outros fatores:

(a) que a outra parte tenha obtido injusta vantagem por se aproveitar do estado de dependência, de dificuldade econômica, de necessidade premente, de imperícia, de ignorância, de inexperiência ou de falta de habilidade de negociar da primeira parte; e

(b) a natureza e o fim do contrato.

(...)

Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>, acesso dia 26/02/2024.

⁷³ **Artigo 4:109: Benefício excessivo ou vantagem injusta**

1. Uma parte pode evitar um contrato se, no momento da celebração do contrato:

a) Dependesse ou mantivesse uma relação de confiança com a outra parte, estivesse em dificuldades econômicas ou tivesse necessidades urgentes, fosse imprudente, ignorante, inexperiente ou sem capacidade de negociação;

b) A outra parte sabia ou devia ter sabido disso e, dadas as circunstâncias e a finalidade do contrato, aproveitou a situação da primeira parte de uma forma manifestamente abusiva ou que beneficiou de forma excessiva.

declarante se encontrava numa situação de inferioridade e que essa situação tenha sido essencial para a emissão da declaração negocial — ou seja, se não fosse aquela situação, a declaração negocial não teria sido emitida ou tê-lo-ia sido com conteúdo diferente”⁷⁴.

É preciso, contudo, parcimônia na análise do requisito subjetivo. É que, no âmbito de uma economia globalizada e extremamente especializada, as modalidades contratuais estão cada vez mais complexas, o que significa que estamos todos sujeitos a celebrar contratos sem o devido conhecimento das circunstâncias e das consequências do negócio jurídico. A inexperiência, enquanto ausência de “um perfeito conhecimento das circunstâncias (científicas, técnicas, legais, profissionais, relativas aos hábitos sociais, locais ou comerciais) necessárias a uma completa valoração dos interesses em causa no negócio”⁷⁵, pode ser mesmo considerada um elemento marcante da (r)evolução científica.

O que deve ser ponderado é o quanto a inexperiência influenciou na definição das posições desvantajosas no contrato e, pelo dever de diligência que cabe a todos os contratantes, se o lesado tinha o ônus da informação ou não. A falta de conhecimentos pode não ser relevante se decorreu de um risco assumido pela parte, que preferiu não buscar informações por entender que não compensava o tempo gasto com a diligência.

No que diz respeito à necessidade, a doutrina é já consolidada no sentido de que sua origem não se resume às dificuldades econômicas, mas abarca também razões que coloquem o lesado na iminência de contratar⁷⁶. Ainda assim, não parece ser qualquer necessidade que seja tutelada (ao menos não no mesmo grau). É que, segundo a Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas de Abraham Maslow, as necessidades humanas são de várias ordens e podem hierarquizadas da seguinte maneira: 1º) **fisiológicas**: sobrevivência, alimentação, vestuário; 2º) **segurança**: proteção, estabilidade no emprego; 3º) **sociais**: aceitação, amizade, sentimento de pertencer; 4º) **status**: reconhecimento, prestígio; e 5º) **autorrealização**: criatividade, autodesenvolvimento⁷⁷.

A hierarquização das necessidades deve implicar em diferente grau de tutela por parte do Estado-juiz. É que, salvo casos-limite, não nos parece razoável o

⁷⁴ PROENÇA, *Comentário...* p. 851.

⁷⁵ PROENÇA, *Comentário...* p. 852.

⁷⁶ ADRIANO MARTELETO GODINHO, *A lesão...* p. 106-107.

⁷⁷ *Apud* JOSÉ OSMIR FIORELLI; ROSANA CATHYA RAGAZZONI MANGINI, *Psicologia Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2024, p. 41.

tratamento das necessidades fisiológicas sejam as mesmas que aquelas destinadas à autorrealização.

Em relação à ligeireza, trata-se de uma “atuação precipitada, sem a consideração, o cuidado, a atenção ou as preocupações próprias do Homem médio, e sem a adequada ponderação e o correto ajuizamento das circunstâncias ou termos do negócio”⁷⁸. Embora pareça de somenos importância, a proteção dos atos levianos visa a resguardar a pessoa dos atos impulsivos e ganhou atenção do legislador brasileiro quando, no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, viabilizou o direito de arrependimento “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”, dada a abordagem mais “agressiva” desse tipo de venda e que impõe uma decisão rápida, irrefletida. No Direito Português, houve, por força de Diretivas Europeias, a adoção de critérios mais amplos quanto ao período reflexivo. Veja-se, por exemplo, o art. 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpõe a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, e o art. 13.º/4 e 5 do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, que transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados à habitação.

A proteção, embora mais intensa nos casos acima citados, abrange todas as circunstâncias contratuais, merecendo atenção em especial no comércio eletrônico a influência do *neuromarketing*⁷⁹, cujas técnicas são capazes de sugestionar até os mais experientes a celebrarem contratos, implantando a necessidade (muitas vezes social) de aquisição de produtos e serviços. Tudo isso demanda a reflexão sobre o tratamento a ser dispensado aos casos de ligeireza ou leviandade. É que, quanto mais sugestionada tiver sido a pessoa a ingressar em um negócio desvantajoso, menos autonomia ela exerceu e sem que isso represente propriamente um desleixo para com o trato negocial.

⁷⁸ PROENÇA, *Comentário...* p. 852.

⁷⁹ De acordo com ROBERTA DENSA, *Publicidade Infantil: fundamentos e critérios para definição dos limites da atuação do estado*. In CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 282 “Neuromarketing é a aplicação da neurociência ao marketing, que busca compreender o funcionamento do cérebro e ajuda a desvendar a razão pela qual escolhemos determinadas marcas. Como uma nova luz, os conceitos do neuromarketing surgem para entender o que realmente se passa na mente dos consumidores, e ir muito mais além do que eles dizem nas pesquisas tradicionais. O neuromarketing passa a analisar o comportamento do consumidor a partir dos estímulos cerebrais, levando em consideração a influência das cores, dos aromas, do design, das emoções e do comportamento irracional (ou subconsciente) dos consumidores”.

Outra manifestação da vulnerabilidade circunstancial é o estado de dependência não apenas econômica, mas também afetiva, psicológica ou profissional do contratante lesado com o beneficiado. Aqui, temos a aproximação com a *undue influence* do direito inglês, cujo requisito é que as partes estejam “em uma relação de confiança especial de modo que uma delas pudesse procurar a outra para obter informações completas e conselhos honestos, por exemplo, a relação entre pais e filhos, tutor e tutelado, médico e paciente, penitente e confessor, e cliente e advogado ou outro conselheiro profissional”⁸⁰ e em que há presunção de que o desequilíbrio manifesto é fruto da influência indevida imputável ao abuso da confiança depositada.

Quanto ao “estado mental” e à “fraqueza de caráter”, PEDRO EIRÓ aponta a confusão entre os termos e afirma que abrangem os “casos de debilidade mental, accidental ou permanente, resultantes de fatores de ordem natural” que tornem o indivíduo mais facilmente influenciável⁸¹. Entendemos, contudo, não ser este o sentido da norma, visto que o estado de debilidade mental poderá acarretar a anulação do contrato em razão da incapacidade do agente. A “situação de estado mental” (cuja redação é criticada pela doutrina), deve referir-se às perturbações do estado anímico da pessoa e não à debilidade mental em si; como exemplo, podemos citar os abalos psicológicos decorrentes de doenças especialmente graves, o estado de luto, o puerpério etc.⁸²

Já a “fraqueza de caráter” deve ser remontada à ideia de *akrasia* da filosofia grega, isto é, “o desgoverno da alma, a falta de controle mediante os conflitos causados pelos desejos e paixões que conduzem o homem ao erro”⁸³; é a pessoa incontinente aos seus desejos, que age contra o seu melhor juízo. Traduz-se, pois, na ideia de “fraqueza de vontade”, a impulsão daqueles que não conseguem se conter. Aqui estariam abrangidos a toxicod dependência, o vício do jogo etc.

⁸⁰ HEIN KÖTZ; AXEL FLESSNER, *European Contract Law. Vol. 1: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*. [trad.] Tony Wier. Nova York: Oxford University Press, 1997, p. 133.

⁸¹ PROENÇA, *Comentário...* p. 853.

⁸² Para HÖRSTER, a doença exemplifica a “fraqueza de caráter”, ao passo que pode caracterizar, pela definição trazida pelo autor, a “situação de estado mental”, corroborando a confusão entre os dois conceitos pela doutrina: “a situação de estado mental (...) deve abranger limitações das faculdades mentais ou estados de emoção e de descontrolo que restringem o discernimento do interessado e afectam as suas capacidades” (HEINRICH EWALD HÖRSTER; EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 623).

⁸³ ZORAIDA MARIA LOPES FEITOSA, *A questão da akrasia na filosofia de Platão*. In *PROMETEUS*. maio-agosto de 2017, Ano 10 - Número 23, p. 217.

Feitas tais colocações, entendemos aplicável o sistema móvel de modo a permitir que o maior grau de vulnerabilidade possa reduzir o desequilíbrio necessário à intervenção no conteúdo do contrato⁸⁴. Com efeito, já apontamos que a lesão *ultra dimidium* não pode ser encarada como requisito necessário para a configuração da usura, pois assim não está previsto na legislação. Apesar de ser um parâmetro adotado pela jurisprudência para a definição do “benefício exagerado”, não é um limite estanque, para aquém do qual o conteúdo do contrato é intangível. É que, se a intenção fosse apenas recrudescer a possibilidade de intervenção, poderia ter sido adotada redação semelhante ao do Código Civil Italiano, que no art. 1.448 inviabiliza a rescisão do contrato se o prejuízo não exceder metade do valor do serviço prestado ou prometido pela parte lesada no momento do contrato.

Parecem corroborar com a mobilidade do sistema na apreciação do desequilíbrio em razão do incremento da vulnerabilidade, no direito brasileiro, a menção do Código de Defesa do Consumidor à revisão das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais (e não as *manifestamente* desproporcionais)⁸⁵.

No direito português, o Regime Jurídico da Concorrência (Lei n.º19/2012), em seu art. 11.º, trata do abuso de posição dominante e a tutela de um mercado equitativo, mas não faz menção à “intensidade” do desequilíbrio, referindo-se, antes a “condições de transação não equitativas e “condições desiguais no caso de prestações equivalentes”. Além disso, o artigo 12, veda a exploração abusiva do estado de dependência econômica⁸⁶.

Nos comentários ao artigo 4:109 do PECL, os membros da Comissão do Direito Europeu dos Contratos apontaram que o artigo pode ser aplicado mesmo quando não houver disparidade significativa do preço, mas a vantagem injusta tiver sido obtida por outros meios. Ilustram com o seguinte exemplo: “X, viúva, vive com os muitos

⁸⁴ É este também o posicionamento de MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 499, para quem as “proposições do artigo 282.º devem ser interpretadas e aplicadas em conjunto, dentro da mecânica de um sistema móvel: quando a lesão seja muito grande, a ‘exploração’ e a fraqueza do prejudicado poderão estar menos caracterizadas. E quando a dependência do prejudicado seja escandalosa – por exemplo – não será de exigir um tão grande desequilíbrio”.

⁸⁵ A Lei de Defesa do Consumidor portuguesa não faz a aludida diferenciação, visto que utiliza em seu art. 9º supracitado a expressão “significativo desequilíbrio”.

⁸⁶ De acordo com DORA CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS, *O abuso de posição dominante*. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014, a “ausência de constrangimentos concorrenciais [pode] levar a empresa dominante a fixar os preços a um nível mais elevado, retirando assim aos seus clientes benefícios que, num mercado concorrencial, não conseguiria retirar. O principal tipo de abuso de posição dominante de natureza exploratória é a prática de preços excessivos”.

filhos numa casa grande, mas degradada, que Y, seu vizinho, queria comprar. X passou a contar com o conselho de Y em assuntos de negócios. Y, ciente disso, manipula-a a seu favor: ele a convence a vendê-lo a ele. Ele oferece-lhe o preço de mercado, mas sem lhe apontar que ela achará impossível encontrar outro lugar para morar no bairro por essa quantia de dinheiro. X pode anular o contrato”⁸⁷. A conclusão dos comentaristas, embora mais relacionada com a possibilidade de rescindir o contrato pela via da *culpa in contrahendo*, revela a preocupação em se permitir o controle da justiça contratual ainda que o desequilíbrio interno do contrato seja ínfimo.

Há situações, portanto, em que o ordenamento jurídico tutela – ainda que pela via indenizatória – o equilíbrio das prestações em graus diferentes de intensidade. O instrumento utilizado pode variar, mas revela que a preocupação com o preço justo varia de acordo com a vulnerabilidade do outro contratante.

2.4. Terceiro Fator: O princípio da boa-fé.

O terceiro fator a ser considerado na ponderação entre o equilíbrio e a liberdade contratual é a boa-fé objetiva, que apontamos como o elemento normativo em razão da exigência de um padrão de comportamento concordante com os valores éticos impostos pelo ordenamento jurídico. A análise pode ser realizada sob dois vieses: a boa-fé como regra de conduta e como norma de validade das cláusulas contratuais.

2.4.1. A importância da boa-fé na configuração da injustiça contratual

O art. 227.º, n.º 1 do CCP estipula que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”⁸⁸. O dispositivo trata da incorporação da *culpa in contrahendo*, isto é, da responsabilidade civil no âmbito pré-contratual, mas as

⁸⁷ HUGH BEALE; OLE LANDO (ORG.), *Principles of European Contract Law*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2000, p. 262-263.

⁸⁸ O equivalente no CCB é o art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, sendo pacífico o entendimento de que a boa-fé se aplica também no âmbito pré-contratual.

consequências da inobservância da boa-fé não se limitam à reparação dos danos⁸⁹, e os artigos 334.º e 762.º, n.º 2, do Código Civil, provam-no: se no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação as partes devem proceder de boa-fé, todo o conteúdo do contrato está igualmente alicerçado num dever de comportamento transparente, leal e probo, porque se um direito não pode ser exercido de forma contrária aos valores éticos normatizados, por maior razão não pode ser constituído em detrimento deles⁹⁰.

Enquanto norma de conduta, o primeiro reflexo da boa-fé no campo contratual que pretendemos estudar é relativo ao elemento configurador dos negócios usurários apontado no art. 282.º/1 do CPP: a exploração da vulnerabilidade pelo beneficiário da usura. Sobre a amplitude do requisito, MIGUEL DA SILVA DOMINGOS apontou três possíveis interpretações, a saber: (1) a exploração independente do conhecimento pelo usurário da situação de vulnerabilidade; (2) é indispensável a consciência da exploração quando da celebração do contrato; e (3) além da consciência da exploração, o usurário deve ter “o propósito de abusar da situação de inferioridade em que se encontra o lesado”⁹¹.

A doutrina portuguesa parece uniforme quanto à dispensa da “intenção de explorar”, satisfazendo-se com o aproveitamento consciente da situação de inferioridade⁹². No entanto, nem mesmo esse requisito é pacífico. MENEZES CORDEIRO, por exemplo, argumenta que o usurário pode mesmo não ter “conhecimento da fraqueza da contraparte” e ainda assim estar configurada a exploração, visto que houve a supressão da expressão “aproveitamento consciente” existente na redação original do art. 282.º⁹³. Essa assertiva, porém, só se justifica com a consideração da mobilidade do sistema para o reconhecimento da usura, com a redução da importância do requisito

⁸⁹ E mesmo enquanto norma que visa à reparação de danos, não se descarta a possibilidade de intervenção no conteúdo do contrato, como podemos observar em PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1361-1447. Trataremos do assunto no capítulo subsequente.

⁹⁰ Distingue-se, aqui, o abuso de direito, afeto ao exercício jurídico, da abusividade contratual, que se relaciona ao âmbito de validade. Ambos lastreados na ofensa à boa-fé objetiva.

⁹¹ MIGUEL DA SILVA DOMINGOS, *A usura na convenção do juro comercial: um olhar sobre o artigo 102º do Código Comercial*. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011, p. 62.

⁹² Neste sentido, podemos citar HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português...* p. 623-624), para que “[não] constitui um pressuposto legal da usura que o usurário leve a outra parte a praticar o negócio: basta aproveitar-se da situação de inferioridade existente desta (sendo *inclusive* possível que ele próprio tenha criado esta situação). Também não é preciso que o usurário tenha a intenção de explorar. É suficiente que ele aproveite conscientemente a situação de inferioridade da outra parte, de que tem conhecimento, para tirar daí benefícios”.

⁹³ MENEZES CORDEIRO— *Tratado...*p. 497-498.

da exploração em razão da intensidade dos demais. É que se houvesse o abandono pelo legislador da reprovabilidade da conduta do usurário, a redação do dispositivo deveria ter sido outra, afastando-se a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados da exploração.

O conhecimento da vulnerabilidade é da essência da exploração, porque é indispensável a existência de uma conduta antijurídica. Como argumenta Pedro Eiró, “[é] a exploração por parte do usurário da situação de inferioridade em que o declarante se encontra que, no fundo, justifica o repúdio pelo ordenamento jurídico do negócio assim celebrado”⁹⁴.

Mesmo no direito brasileiro, em que não existe referência expressa à exploração, pelo usurário, da situação de inferioridade do lesado, há divergências doutrinárias a respeito da interpretação a ser dada ao instituto da lesão. SILVIO VENOSA, por exemplo, defende a necessidade da consciência da exploração, embora o faça sob a pecha do “dolo de aproveitamento”⁹⁵, o que, a nosso sentir, é equivocada. É que a expressão é utilizada de forma plurívoca na doutrina ora retratando a mera ciência da situação de vulnerabilidade, ora retratando a intenção de se aproveitar dessa inferioridade⁹⁶, o que tem dificultado o tratamento uniforme do instituto da lesão. Em nosso entendimento, a conduta dolosa é aquela intencional, revelando a vontade do usurário de prejudicar a contraparte que se encontre em situação de inferioridade (este é o dolo de aproveitamento)⁹⁷.

Noutra linha de pensamento, ANDERSON SCHREIBER argumenta que “a configuração da lesão no direito brasileiro deve prescindir do abuso, dolo, malícia ou aproveitamento do contratante favorecido, ou mesmo do seu conhecimento efetivo ou

⁹⁴ Ainda de acordo com o autor, não basta o mero aproveitamento, ainda que consciente, é indispensável que ele seja censurável, contrário às regras da boa-fé, ainda que haja a intenção de explorar (*Do negócio usurário...* p. 51-55).

⁹⁵ Segundo o autor, “o requisito subjetivo consiste no que a doutrina chama dolo de aproveitamento e afigura-se, como dizem os diplomas legislativos, na circunstância de uma das partes aproveitar-se da outra pela inexperiência, leviandade ou estado de premente necessidade. Tais situações psicológicas são aferidas no momento do contrato. Não há necessidade de o agente induzir a vítima à prática do ato, nem é necessária a intenção de prejudicar. Basta que o agente se aproveite dessa situação de inferioridade em que é colocada a vítima, auferindo lucro desproporcional e anormal” (SILVO DE SALVO VENOSA, *Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 373).

⁹⁶ ADELAIDE MARGARIDA LUCATELLI PIRES IYUSUKA, *Dolo de aproveitamento como requisito para configuração da lesão*. In *Revista Uniñtalo em Pesquisa*. junho de 2023, Vols. 13, n. 3.

⁹⁷ Na mesma linha, ANELISE BECKER, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1 *apud* CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, *Curso de direito civil: parte geral e LINDB. Vol. 1*. 14.^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 644, argumenta que a lesão é “a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitantemente a sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado”.

potencial em relação ao específico estado da contraparte”⁹⁸, exatamente porque não há na lei tal elemento, reconhecendo uma feição exclusivamente objetiva na lesão⁹⁹. Tal feição, porém, não nos parece acertada. Isso porque o fato de o Código Civil não tratar da matéria da mesma forma que a legislação penal, que necessariamente exige a conduta dolosa do usurário, não significa que a exploração da situação de inferioridade não seja relevante. É que, como dito acima, o contrato usurário (e, por igual razão, o viciado pela lesão) é injusto porque o benefício auferido é decorrente de uma exploração. A doutrina brasileira, em geral, limita a discussão à necessidade ou não do dolo de aproveitamento¹⁰⁰, tornando implícita a conclusão de que isso afasta também a consciência da exploração; igualmente, são raras as menções na jurisprudência à conduta do contratante lesante, limitando a análise aos elementos objetivo e subjetivo (sob o viés do lesado).

⁹⁸ ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio...* p. 115.

⁹⁹ PAULO LÔBO, *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 128, é outro defensor da objetividade de lesão, sendo este o posicionamento que parece prevalecer na doutrina brasileira (ADRIANO MARTELETO GODINHO, *A lesão...* p. 107-114).

¹⁰⁰No ano de 2004, foi aprovado o Enunciado nº 150, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que tem o seguinte teor: “A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”. O enunciado é de autoria de Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, que apresentou a seguinte justificativa: “A lesão tem a seguinte configuração no Código Civil alemão de 1900, em seu §138, litteris: Parágrafo 138 (Contra os bons costumes). Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou a inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação. Como se pode observar, o BGB alemão, sem deixar de lado uma concepção objetiva pautada pela desproporção das prestações, introduziu, como requisitos para a configuração do instituto, situações subjetivas de inferioridade da vítima, quais sejam: a necessidade, a leviandade ou sua inexperiência, necessariamente conhecidas, ou mesmo exploradas, pelo lesante, o qual age assim com ‘dolo de aproveitamento’, isto é, age, nas palavras de Marcelo Guerra Martins, com a vontade de lesar contratualmente alguém, através da consciência do estado de necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte. Igual caminho segue o art. 4º da Lei n. 1.521/51, ao tipificar o crime de usura: Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Entretanto, diversamente do Código Civil alemão e da própria Lei n. 1.521/51, quando esta tipifica o crime de usura real, o Código Civil de 2002 não exige o dolo de aproveitamento da parte contratante lesante, isto é, o aproveitamento intencional da fraqueza do outro contraente. Eis o teor do comentado art. 157: Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Dessa forma, ainda que a parte lesante não tenha a intenção de se aproveitar da situação de premente necessidade ou da inexperiência da parte lesada, poderão estar configurados os requisitos para a verificação da lesão, desde que também ocorra desproporção objetiva das prestações”. Tais Jornadas de Direito Civil são promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários com a finalidade de nortear a interpretação do Código Civil segundo o entendimento majoritário das respectivas comissões (RUY ROSADO DE AGUIAR JR. (ORG.), *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJE, 2005).

O dolo de aproveitamento (leia-se, a intenção de explorar), de fato, não parece ser um elemento para a configuração da lesão, pois a norma não revela tal necessidade. Contudo, a participação do lesante é indispensável para a configuração do defeito do negócio jurídico, devendo esta participação ser avaliada sob o viés da boa-fé objetiva, ou seja, de acordo com um padrão de comportamento exigível segundo os valores éticos que espelham o ordenamento jurídico¹⁰¹. Admitir que o contrato seja anulável ou modificável sem que o outro contratante tenha ciência da situação de vulnerabilidade afeta gravemente a segurança jurídica, pois não se negociaria com a certeza da validade do contrato e esse risco não seria compensado¹⁰².

O que expusemos acima, no entanto, não prejudica a análise deste requisito de acordo com o sistema móvel. A maior reprovabilidade da conduta, isto é, a intenção de explorar por parte do usurário, pode ensejar a redução da intensidade dos demais requisitos, e isso fica especialmente evidenciado quando há o abuso da confiança (ou a *influência indevida*), ao passo que a maior intensidade dos demais pode fazer presumir (ou em casos limites até dispensar) a conduta contrária à boa-fé do contratante beneficiado, isto é, a desproporção é tamanha que o exercício da posição jurídica decorrente do contrato seria por si só contrária à cláusula geral.

2.4.2. A função da boa-fé no controle do conteúdo do contrato

No item anterior, tratamos da influência da boa-fé, enquanto norma comportamental, na validade do contrato, mas tanto no Direito português, quanto no brasileiro, há normas que vedam as cláusulas que lhes sejam contrárias. Neste, restrita

¹⁰¹ Conforme argumenta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “[ao] tirar vantagem da situação de inferioridade do outro contratante, o beneficiário, de certa maneira, descumpre o dever de boa-fé que o Código, em boa hora, inclui entre os princípios que presidem tanto a conclusão como a execução dos contratos (art. 422)” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR; HELENA LANNA FIGUEIREDO, *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 488). Corroboram esse entendimento ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e NELSON NERY JUNIOR - *Instituições de direito civil*. Vol. 1: parte geral do código civil e direitos da personalidade. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB-10.14: “O instituto da lesão, tal como previsto no CC, se caracteriza porque o lesionado desatendeu a cláusula geral de boa-fé. Além do elemento objetivo (prestação desproporcional), a lei exige, para caracterizar a lesão especial, que o lesionado tenha se aproveitado da inexperiência do lesado ou que este tenha agido premido pela necessidade (elementos subjetivos)”.

¹⁰² É de se pressupor que se alguém aceitar contratar sob o risco premente de se anular o negócio, apenas o fizesse com a devida compensação, isto é, com a redução de sua contraprestação, mas isso acarretaria o ciclo vicioso, pois este desequilíbrio é que poria em causa a validade do contrato.

aos contratos de consumo (art. 51, IV, do CDC¹⁰³); naquele, atinente às cláusulas contratuais gerais (art. 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85). Contudo, em que exatamente consiste tal contrariedade?

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO tece severas críticas à utilização do princípio, reputando-a por inútil, porque não se valora a conduta, mas apenas o conteúdo das prestações, chegando mesmo a taxá-la de “meramente retórica”, sem função, porque o que “interessa é saber quando um desequilíbrio se pode dizer significativo de maneira a considerar a cláusula abusiva”¹⁰⁴.

Há de se pontuar que as críticas não são vazias. É que, ao se analisar o art. 16.º o DL 446/85, que expõe os meios de concretização da regra anterior, e mesmo os arts. 18.º a 22.º, o que se observa é que a nulidade não é derivada da simples ofensa ao dever de agir de acordo com a boa-fé, mas sim com o desequilíbrio; a violação à boa-fé é a justificativa para não se aceitar a cláusula desvantajosa, mas não seria causa, por si só, para se invalidar a disposição, mas nem por isso a remissão ao princípio é meramente retórica.

O desequilíbrio contratual, como já pontuamos anteriormente, pode decorrer dos riscos legitimamente assumidos pelas partes e por eles compensados, e apenas será injusto quando isso não ocorrer. A contrariedade à boa-fé nas situações mencionadas acima está associada a uma particular forma de contratar, em que o clausulado é previamente elaborado por uma das partes, sem possibilidade de influência pela outra. Para que se entenda a amplitude da norma, é preciso compreender as suas razões históricas, a qual decorre mais diretamente da construção jurisprudencial alemã¹⁰⁵, que, desenhando os contornos aplicativos da boa-fé objetiva às cláusulas contratuais gerais, estabeleceu que “[quem] põe em vigor condições gerais dos contratos reivindica para si em exclusivo, no que respeita à conformação do conteúdo, a liberdade contratual. Está por isso obrigado, segundo a boa fé, já na redacção das condições, a considerar devidamente os interesses dos seus futuros parceiros contratuais” (Sentença BGH de 4.11.1964)¹⁰⁶. É dizer, se alguém assumiu para si o

¹⁰³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹⁰⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60, abril de 2000, Vol. II, p. 587-589.

¹⁰⁵ CORDEIRO, *Tratado...* p. 451.

¹⁰⁶ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...* p. 553.

ônus de elaborar as cláusulas contratuais, afastando propositadamente a outra parte do processo, não pode agir exclusivamente em proveito próprio. Deve, antes, atender às exigências de probidade e correção para viabilizar um adequado tráfico negocial, garantindo, pois, termos equilibrados, que são razoavelmente esperados no âmbito da negociação bilateral das cláusulas.

Como acentua JOAQUIM DE SOUZA RIBEIRO, “[o] que está em causa, nesta particular valência da boa fé, é a salvaguarda de uma composição de interesses que não seja excessivamente desequilibrada. De modo que a valoração da conformidade à boa fé se coloca ainda *dentro* da necessária ponderação de interesses que aquele juízo envolve: há que medir se o grau de vantagens que o predisponente se auto-atribui encontra razão atendível do ponto de vista dos seus interesses, e se isso acarreta ou não prejuízos relevantes para a contraparte, não justificáveis por aqueles interesses”¹⁰⁷. Mas não apenas isso. A boa-fé atua, aqui, especialmente sob a figura do abuso de direito, na figura parcelar do *tu quoque contractual*, mas a nível da inadmissibilidade da constituição da posição vantajosa¹⁰⁸: a violação à norma jurídica (de atender os interesses da outra parte aquando da formulação das cláusulas contratuais) impede que o predisponente exerça a posição jurídica indevidamente obtida. O efeito jurídico pretendido, em si, não é obstado pelo Direito, o que se veda é o deslocamento do risco sem compensação porque assim não o fez o predisponente quando da elaboração das cláusulas¹⁰⁹.

Por essa razão, entendemos que o legislador português pecou ao manter a redação do artigo 15 quando da alteração legislativa motivada pela Diretiva n.º 93/13/CEE (relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados entre profissionais e consumidores). É que a referida Diretiva melhor delineou os contornos aplicativos da boa-fé, deduzindo, no artigo 3.º, n.º 1, que “[uma] cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do

¹⁰⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *A boa fé como norma de validade*. In JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 259-260.

¹⁰⁸ Sobre a aproximação dos institutos, ver MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* p. 848-852.

¹⁰⁹ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...* p. 562, defende, semelhantemente, que “quem, pelo modo de contratar utilizado, fica em posição de adular, em seu benefício, a paridade dos termos contratuais, sujeita-se, por isso mesmo, à especial obrigação de cuidar dos interesses dos parceiros com quem vai entrar em relação, cumprindo-lhe evitar estipulações que importem a lesão desproporcionada desses interesses. O abuso da liberdade contratual dá-se por violação desse dever, traduzindo uma contrariedade à boa fé na conformação do conteúdo das ccg”, apontando uma correlação entre a função corretora da boa-fé ao abuso de direito.

consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”, cuja interpretação é complementada pelo Considerando 16 da norma, onde se lê: “a exigência de boa fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta”¹¹⁰. Assim interpretados, os artigos 15.º e 16.º do DL 466/85 ganham especial relevância para os contratos em que haja a exploração de uma vulnerabilidade de um dos contratantes pelo outro para incutir cláusulas desvantajosas.

Embora vocacionado para o controle das *ccg*, não parece haver óbice à utilização da boa-fé como um meio de controle mais amplo (para além dos contratos consumeristas ou por adesão); isso, porque a ideia subjacente ao controle das cláusulas contratuais gerais pela boa-fé é a relação de poder que o utilizador da *ccg* exerce sobre o outro contratante, privando-o “da capacidade de participação na modelação do conteúdo”¹¹¹. Partindo dessa premissa, não haveria razão para se aplicar entendimento diferente quando a imposição de conteúdos contratuais desarrazoados ocorra por outros meios que não a utilização das *ccg* ou de cláusulas preestabelecidas em contratos individuais. Se, por exemplo, houver influência indevida de um contratante sobre o outro ou a exploração de uma vulnerabilidade, tal como aquelas citadas no tópico anterior.

Para além disso, há quem defenda a aplicação da boa-fé como uma norma geral de proibição de conteúdos inequitativos, a exemplo de MENEZES CORDEIRO, que argumenta não haver “razão definitiva para limitar aos contratos oriundos de condições negociais gerais o controlo do conteúdo”. Ainda segundo o autor, “os vícios substanciais, por um prisma de justiça material, não podem depender de tipificações a operar no modo de formação dos contratos, sob pena de se chegar a estereótipos ou a novos formalismos”¹¹².

Tal entendimento é referendado pelo Artigos 1:102 e 4:110 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos¹¹³ e pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão,

¹¹⁰ A concretização dos interesses do consumidor dar-se-á com a ausência de abuso do poder contratual pelo predponente, “de modo a que o contrato seja o meio eficaz para o consumidor atingir o fim económico que buscava com a sua celebração. Se a atitude do profissional violar objetivamente as exigências da boa-fé, o conteúdo do contrato será volatilizado ou, pelo menos, seriamente prejudicado” (JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, ET. AL, *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 474).

¹¹¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* p. 554.

¹¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* p. 559-560.

¹¹³ **Artigo 1:102: Liberdade Contratual**

de 19 de Outubro de 1993, o qual reconheceu que a boa fé “indica limites imanentes ao poder de conformação contratual e funda uma autorização para o controlo judicial do conteúdo do contrato”, sempre que este apresente conteúdo “anormalmente gravoso” (*ungewöhnlich belastend*) para uma das partes, devendo averiguar se esse desequilíbrio é consequência de um poder negocial estruturalmente desigual”¹¹⁴.

Apesar das críticas a tal conclusão¹¹⁵, vislumbramos a relevância da boa-fé como critério decisivo para o controle de conteúdo inequitativo, não porque o princípio vede qualquer conteúdo desequilibrado, mas porque impõe uma conduta proba no âmbito da relação negocial. Se, nos contratos submetidos ao regime das cláusulas contratuais gerais, a conduta exigida normativamente é o respeito aos interesses do outro contratante quando da elaboração das cláusulas, nos contratos que não se submetem a este regime, a conduta objetivamente esperada é de não explorar a vulnerabilidade do outro contratante para se obter vantagem, ou, ainda, de cumprir o contrato de modo equitativo, sem impor prejuízos desnecessários à outra parte. Sobressaem-se, igualmente, os deveres de informação, de lealdade, de verdade, cujo descumprimento podem ensejar a responsabilidade pela *culpa in contrahendo*.

Evidentemente, o contrato desequilibrado traz em si suspeitas de que a parte prejudicada não percebeu a desvantagem que acarretava ou não pode agir para impedi-la, devido à conduta (reprovável) do contratante beneficiado. Pela mobilidade do sistema que defendemos, a boa-fé objetiva tem grande relevância na justificação da redução do grau de importância de satisfação da liberdade contratual.

(1) As partes são livres de celebrar um contrato e de determinar o seu conteúdo, sob reserva dos requisitos de boa-fé e lealdade negocial, bem como das regras imperativas estabelecidas por estes Princípios.

Artigo 4:110: Cláusulas abusivas não negociadas individualmente

(1) Uma parte pode anular uma cláusula que não tenha sido negociada individualmente se, contrariamente às exigências da boa-fé e da lealdade negocial, causar um desequilíbrio significativo nos direitos e obrigações decorrentes do contrato em detrimento dessa parte, tendo em conta a natureza da prestação a ser executada ao abrigo do contrato, todos os outros termos do contrato e as circunstâncias no momento que o contrato foi celebrado.

(2) O presente artigo não se aplica:

(a) À cláusula que defina o objeto principal do contrato, desde que a cláusula seja redigida de forma clara e inteligível;

(b) À adequação do valor das obrigações de uma parte em relação ao valor das obrigações da outra parte.

¹¹⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *A boa fé como norma de validade...* p. 278-279.

¹¹⁵ Dentre as quais citamos a oposição de SOUSA RIBEIRO, *A boa fé como norma de validade...* p. 277, sob o argumento de que “tal opção significaria elevar a boa fé a norma de proibição *geral* de conteúdos inequitativos, tendo como pressupostos único uma (mal definida) assimetria de poder contratual, não antecipadamente concretizada em configurações específicas”.

Consequentemente, a observar a *curva de indiferença* traçada anteriormente, a boa-fé está intrinsecamente ligada ao equilíbrio contratual.

Como expusemos, a injustiça contratual é uma conjugação de fatores que não se restringe ao desequilíbrio, à vulnerabilidade ou a comportamentos contrários à boa-fé, mas corresponde a um grande espectro de ponderação dessas forças que acarreta a diminuição do grau de importância a ser conferida à autonomia privada em seu aspecto formal. Por isso, o controle do conteúdo do contrato é amplo, possível de ser realizado mesmo quando o grau de vulnerabilidade de um dos contratantes seja ínfimo, podendo ser aplicado mesmo em contratos paritários.

Capítulo 3 – Construindo o justo contratual

Estabelecidos os parâmetros para a identificação do que seja o contrato injusto, importa-nos agora estudar quais os remédios postos à disposição da parte lesada.

Da leitura dos artigos 282.º e 283.º do Código Civil português, verificamos que os negócios usurários são anuláveis ou modificáveis segundo juízos de equidade. Na disciplina das cláusulas contratuais gerais (DL 446/85), há o vício da nulidade das cláusulas proibidas, com a possibilidade de aplicação das regras de integração dos negócios jurídicos ou a redução do contrato.

O direito brasileiro, a seu turno, reconhece a anulabilidade dos negócios viciados pela lesão, mas admite a manutenção do contrato “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (art. 157, §2º, do CCB). Quanto às cláusulas abusivas (dentre as quais as que sejam incompatíveis com a boa-fé) previstas no Código de Defesa do Consumidor, a única sanção prevista é a da nulidade, havendo, quanto a este aspecto, identidade de tratamento com o regime das *ccg*.

O tratamento semelhante das matérias permite-nos apresentar uma proposta de solução unitária entre os sistemas português e brasileiro.

3.1. A modificação como consequência preferida?

O artigo 283.º do Código Civil português prescreve que em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade e que, se for requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior, revelando o interesse do legislador na manutenção do contrato em detrimento de seu desfazimento.

Silencia-se quanto à possibilidade de lesado pedir a modificação do negócio e o usurário opor-se, manifestando-se pela anulação do contrato. Esse silêncio, contudo, é coerente com o sistema jurídico. Isso porque, conforme estabelece o art. 285.º, n.º 1 do CCP, só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse

a lei a estabelece e, como o interesse tutelado é do lesado, o usuário careceria de legitimidade¹¹⁶.

No direito brasileiro, a norma civil é omissa a respeito da possibilidade de o lesado pleitear a modificação do contrato¹¹⁷, tal como é permitido pelo CCP, o que gerou divergência doutrinária, ainda hoje persistente. De fato, o art. 157, §2º, do CCB, prevê que “não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”, donde se extrai que cabe ao usuário a opção pela manutenção ou não do contrato do qual tirou proveito¹¹⁸.

Outra interpretação possível é a de que quando o Código dispõe que o lesante pode concordar com a redução do proveito, está implícito que haja um oferecimento, pela parte lesada, da alternativa à anulação: “a proposta de modificação do negócio jurídico não precisaria partir necessariamente da parte beneficiada pelo desequilíbrio. Bastaria ao contratante favorecido ‘concordar’, não se esclarecendo, nessa hipótese, de quem exatamente advém a oferta. A interpretação mais óbvia seria seguramente a que atribui tal iniciativa ao contratante prejudicado”¹¹⁹.

A nosso sentir, a finalidade da lei é a de garantir a conservação do negócio jurídico, e por isso a modificação do contrato por iniciativa do lesado não está sujeita à concordância do lesante. A norma do parágrafo segundo do art. 157, ao expressar que não será decretada a anulação se “a parte favorecida concordar com a redução do proveito” apenas complementa a primeira parte, é dizer: pode o contratante favorecido “oferecer” o suplemento ou “concordar” com a redução, isto é, pode complementar o preço ou restituir a parte sobejante. Ausente o requisito da manifestação da vontade do contratante prejudicado (veja-se que a expressão anterior é: “não se decretará a anulação se”), a manutenção do contrato em termos justos é um direito potestativo do contratante favorecido. O verbo concordar, naquele contexto, não significa responder

¹¹⁶ PROENÇA, *Comentário...* p. 856.

¹¹⁷ Está-se discutindo no Senado Federal brasileiro a reforma do Código Civil e há proposta para inclusão de novo parágrafo no art. 157 para permitir a modificação do negócio jurídico por iniciativa do lesado.

¹¹⁸ Interpretação esta que é defendida por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Negócio jurídico...* p. 499: “(...) o direito que a lei confere ao contratante vítima da lesão não é o de impor ao contratante a revisão dos termos do contrato. Cabe-lhe apenas a faculdade de promover a sua anulação. A revisão deve proceder de iniciativa da parte que se beneficiou dos termos lesivos do ajuste, para evitar que se ultime o intento do outro contratante de exercitar o direito potestativo de promover a invalidação do negócio lesivo”.

¹¹⁹ ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 154.

de forma afirmativa a uma solicitação, mas anuir com a redução de seu benefício (para evitar a anulação).

Havendo, então, a possibilidade de o usurário sanar o vício objetivo do contrato independente da vontade do lesado, não há razão legítima que justifique não ter este o mesmo direito de impor a justiça contratual. E não há mesmo necessidade de expressa previsão legal, pois decorre do princípio da conservação dos contratos, como já pacificamente reconhecido, por exemplo, nas hipóteses de alteração das circunstâncias (art. 478 e 479 do CCB¹²⁰).

Corroborando este posicionamento o Enunciado nº 291 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: “Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço”.

Seria, realmente, um contrassenso a lei tutelar os interesses da parte que foi explorada contratualmente e não permitir que ela possa pleitear a adequação dos termos do contrato a parâmetros justos. A anulação do contrato, além de muitas vezes não ser do interesse da parte, pode causar-lhe prejuízos imensuráveis, diante da necessidade restabelecimento das partes ao estado que se encontravam antes da celebração, o que poderia acarretar a necessidade indenizar as benfeitorias ou mesmo não ter mais acesso ao bem que porventura tenha sido alienado a terceiros de boa-fé¹²¹.

Neste sentido, é precisa a alusão feita por ANDERSON SCHREIBER à *Espada de Dâmocles*: “a solução terminativa não atende ao interesse do contratante onerado pelo desequilíbrio, nem concretiza os valores de igualdade e da solidariedade social. Resulta, frequentemente, em um fator de coerção à preservação de uma relação

¹²⁰ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

¹²¹ Como argumenta ANELISE BECKER, *Teoria Geral da Lesão...* p. 165 *apud* SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 152, “o interesse da parte contratante tutelada, na maior parte das vezes, não está em colocar fim ao contrato mediante a arguição de uma invalidade, bem pelo contrário: muitas vezes somente impugnará o contrato se tiver a certeza de que ele será mantido. Em que pese eventualmente injusta, na medida em que satisfaz suas necessidades, interessa-lhe a conservação da avença, que, em resposta aos ditames de justiça e da utilidade contratuais, deve apenas ser modificada. Assim, se o contratado proporciona ao lesado, por meio da prestação do outro contratante, o bem que é preciso satisfazer sua necessidade, tem uma função socialmente útil; embora injusto, se o contrato ainda é útil, realiza um interesse que merece ser tutelado”

contratual desequilibrada, na medida em que o contratante interessado no reequilíbrio vê-se constantemente diante de uma espada de Dâmocles, capaz de pôr fim à vida do contrato”¹²².

Forçoso, então, interpretar a norma de acordo com os valores que ela tutela, concluindo-se que o lesado pode pleitear diretamente a modificação do contrato e, assim o fazendo, não poderia o usurário pleitear a sua anulação, exatamente pela falta de interesse processual.

Em consequência, entendemos não ser possível ao contratante favorecido pela lesão opor-se ao pedido de modificação do contrato, mas apenas discutir os critérios propostos para alcançar a justiça contratual.

Cabe registrar, porém, que nem todo benefício excessivo ou injustificado acarretará necessariamente a anulação do contrato. Caso se trate de cláusula não essencial a causar o desequilíbrio de posições jurídicas, o lesado poderá ser pleitear a invalidação dessa mesma cláusula, com a redução do negócio jurídico, ou a sua modificação equitativa.

Esta redução, por sua vez, guarda algumas especificidades em relação ao regime geral estabelecido pelo Código Civil, que restringe sua aplicação à vontade negocial, isto é, quando se ficar demonstrado que os contratantes teriam concluído o contrato mesmo sem a parte viciada¹²³. É que limitar sua incidência à demonstração da vontade real ou hipotética de ambas as partes favorável à manutenção do contrato sem a parte viciada suscita grave problema no caso dos negócios usurários, visto que o contratante favorecido poderia arguir que apenas celebraria o negócio naquelas condições, acarretando uma situação axiologicamente insustentável para o ordenamento jurídico. Em tais situações, deverá ocorrer o que MOTA PINTO denomina «*redução teleológica*», isto é, aquela “determinada pela necessidade de alcanças plenamente as finalidades visadas pela norma imperativa infringida”¹²⁴. Desta forma, “na redução por usura é suficiente que não colida com a vontade conjectural do lesado. A vontade conjectural do usurário, bem como a sua vontade actual, são desprezadas em virtude da especial

¹²² ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio contratual...* p. 90.

¹²³ Conforme defende PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil...* p. 744, “[como] instrumento do princípio do *favor negotii*, e sendo este princípio ancilar do princípio da autonomia privada, seria disfuncional e contraditório que através do instrumento da redução se obtivesse um resultado em detrimento da autonomia”.

¹²⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 636.

desvalorização em termos axiológico-jurídicos que sobre ele recai e que funda todo o regime da usura”¹²⁵.

3.2. *Reductio ad equitatem*

O mesmo raciocínio exposto nas linhas anteriores há de se aplicar à modificação equitativa do contrato, que nada mais representa que outra dimensão do instituto da redução, não mais preocupado exclusivamente na expurgação do conteúdo inválido, mas em promover o efetivo equilíbrio contratual: a modificação equitativa¹²⁶. O instituto remonta à *reductio ad aequitatem* do direito medieval como um remédio à *laesio enormis*¹²⁷, que se elevou em grau de abstração, afastando-se da mera redução, para indicar a necessidade de moderar o conteúdo do contrato em caso de quebra do equilíbrio das prestações¹²⁸. Portanto, a redução no âmbito dos negócios usurários é mais que a simples exclusão do conteúdo inválido, visto que o artigo 283.º do CCP faz menção à “modificação do negócio segundo juízos de equidade”.

Questão que surge, agora, é saber quais os limites dessa modificação: o que são os “juízos de equidade” no âmbito do direito contratual? Conforme argumenta MENEZES CORDEIRO, pode-se apontar duas acepções da equidade: “a de uma noção, de sabor aristotélico, que, apelando às particularidades da questão real, permitiria corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das regras jurídicas abstractas e a de uma outra, mais radical, que prescindindo do Direito estrito, oferece, para os problemas, soluções baseadas na chamada justiça do caso concreto”¹²⁹. Não havendo norma abstrata a se corrigir, a segunda acepção de equidade é a que deve ser adotada para a interpretação do art. 283.º, mas ainda assim é um parâmetro que a princípio pouco nos

¹²⁵ PEDRO EIRÓ, *Do negócio usurário...* p. 81.

¹²⁶ Como avalia JOSÉ FÉLIX CHAMIE, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*. In *Revista de Derecho Privado*. núm. 22, janeiro-junho de 2012, p. 221, “[O] princípio da *reductio ad aequitatem* é, portanto, o princípio da modificação equitativa do contrato, que se resume nos instrumentos de adequação do contrato em face de um desequilíbrio *ab initio*, ou *ex post facto* (*propter mutationem temporum*). Assim, a *reductio ad aequitatem* está intimamente relacionada com a revisão e convalidação do contrato”.

¹²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 500.

¹²⁸ CHAMIE, *El principio general...* p. 221.

¹²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* p. 1198-1199. Por fugir ao escopo do trabalho, não analisaremos a evolução histórica do conceito de equidade. A questão foi bem sistematizada por DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil)*. In *O Direito*. Ano 139, n.º 1, 2007 e por MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* p. 1197-1208, a quem reportamos.

diz, “porque não se oferece, por si só, a fornecer bitolas materiais que levem a uma solução para o caso”¹³⁰.

Poderia, então, o julgador estipular o valor que entendesse justo segundo sentimentos pessoais ou está vinculado a algum critério sindicável pelas partes ou pela instância revisora? E esta, também julgará “com o coração” ou tem que fundamentar em critérios racionais? Um exemplo pode esclarecer a dúvida: vislumbrando o juiz uma especial malícia do contratante usurário na exploração da necessidade do lesado, poderá modificar o contrato para estipular o valor da prestação que ele (julgador) aceitaria pagar naquelas circunstâncias (inclusive de modo a dissuadir a reiteração de um comportamento abusivo) ou deve fixar o preço em conformidade com algum parâmetro objetivo, a exemplo do valor de mercado?

A primeira solução não nos parece aceitável, porque a intervenção do juiz no contrato não afasta a natureza deste como fruto e instrumento da autonomia privada, um campo de liberdade de atuação a que o Estado deve proteger e promover¹³¹. Realmente, a limitação da liberdade contratual, para que seja válida, deve ter por objetivo conformar o regramento privado (1) ao ordenamento jurídico (a exemplo da tutela de ordem pública e dos bons costumes) ou (2) aos ditames de justiça (procedimental e/ou material), que se apresentam como as amarras desta mesma intervenção. É dizer, não é válida, juridicamente, a intervenção judicial no conteúdo dos contratos por critério de conveniência, ou seja, porque a parte (ou o julgador) não gostou ou porque preferiria que de outra forma fosse pactuado. Por isso, afastamos a possibilidade de o julgador valer-se do instituto para punir o usurário e inverter a balança, conferindo benefícios injustificados ao lesado.

¹³⁰ DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos contratos segundo juízos de equidade...* p. 184.

¹³¹ Também DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação...* p. 188, afirma ser a equidade “um método facultado ao julgador de decidir dispensado da aplicação de regras formais, sem que esteja implicada à partida, na sua referência, qualquer solução material, embora qualquer decisão segundo a equidade tenha de ser tomada ‘à luz de diretrizes jurídicas dimanadas pelas normas positivas estritas’” e complementa: “A equidade não comporta, em si mesma, qualquer solução material ou valor que necessite ser descoberto (...). Mas o direito positivo não dispensa, a cada passo, de avançar os tópicos pelos quais deve o julgador orientar essa sua convicção, tópicos que se encontram essencialmente na finalidade que tem a Ordem Jurídica em vista pela atribuição dessa possibilidade. Trata-se de um poder discricionário vinculado pelo fim” (*Modificação...* p. 201). Referidas diretrizes, no âmbito contratual, são, principalmente, a liberdade e a justiça contratuais, que devem ser os parâmetros adotados na concretização da equidade.

A modulação do conteúdo, para fins de promoção da justiça contratual, deve dar-se, à partida, pelo preço de mercado vigente à época da contratação¹³². Contudo, já apontamos anteriormente que nem todo desequilíbrio revela uma injustiça contratual e pode decorrer da distribuição dos riscos assumidos por ambas as partes. Também esses fatores devem ser utilizados como critérios de decisão, o que significa que o estabelecimento da justiça contratual não deve ser míope, mas deve considerar todo o conjunto de direitos e obrigações. Em suma, deve-se observar a racionalidade econômica extraível do conjunto das cláusulas que não foram afetadas pela exploração da vulnerabilidade, não sendo isso possível, parte-se para a objetivação do conteúdo do contrato a fim de privilegiar o equilíbrio das prestações.

Superado este ponto, cabe-nos examinar o limite da intervenção pelo tribunal: como deve ser apurado o equilíbrio, pela equivalência das prestações ou pelo máximo de desequilíbrio tolerado? As duas posições parecem-nos, em tese, defensáveis.

Na primeira hipótese, em seguimento à aproximação com o instituto da *unconscionability*, pode-se arguir que, como a definição da prestação não foi objeto de livre consenso entre as partes (porquanto fruto da exploração de uma vulnerabilidade), a determinação ficaria a cargo do julgador. Ainda que se negue a premissa da semelhança dos institutos, igual conclusão pode ser alcançada pelo reconhecimento de que a prestação desequilibrada ajustada é inválida e caberia ao tribunal a sua definição. Com a invalidade do elemento essencial do negócio jurídico seguida de pedido da(s) parte(s) para que haja a sua modificação, caberia ao Tribunal suprir o vácuo deixado, integrando-o com uma “cláusula de preço justo”, nos termos do artigo 883.º, n.º 2, do CCP¹³³.

A interpretação da referida cláusula deverá ser realizada partindo não só do conjunto de direitos e obrigações resultantes do negócio jurídico, como referimos

¹³² Mas a ele não deve, necessariamente, restringir-se. É que, se fosse essa a intenção do legislador, teria adotado critérios semelhantes àqueles do artigo 883.º, n.º 1, do CCP: “Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade”. O preço de mercado é significativo porque revela um ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda numa hipótese de mercado eficiente, dantes referida.

¹³³ A existência de referida cláusula pode ser inferida do próprio pedido de modificação do contrato segundo juízo de equidade, porquanto ainda que as partes forneçam as balizas para a definição de seu conteúdo, caberá ao tribunal concretizá-la. A cláusula de preço justo, é, ainda, um mecanismo de salvaguarda do próprio contrato, pois se indeterminado o seu objeto, padecerá de nulidade (artigo 280.º, n.º 1, do CCP).

acima, mas também da própria normatividade do sistema, do que releva a importância a importância da justiça contratual e da boa-fé objetiva¹³⁴: a referida cláusula imporia uma solução que atendesse aos interesses de ambas as partes, afastando o enriquecimento injusto de qualquer delas, e traduziria, ainda, a confiança suscitada nas partes a respeito do que seria a melhor conformação possível em atenção ao riscos assumidos. Havendo dúvidas, ainda, sobre o sentido do “preço justo”, aplicar-se-ia o disposto no artigo 237.º do CCP, conduzindo-o ao maior equilíbrio das prestações, o que importaria, então, na definição do valor de mercado vigente ao tempo do contrato, visto que este revela o preço ótimo entre a oferta e a demanda numa multiplicidade de casos.

A mesma conclusão alcançaríamos com a aplicação do disposto no art. 400.º do CCP, que traz as regras da determinação da prestação. A situação é novamente remetida ao juízo de equidade, mas há um fator de distinção: as circunstâncias dos negócios usurários já não estão presentes. Atuando o julgador em substituição às partes com igual poder negocial, capazes de exercer sua autonomia privada, é natural que se chegue ao valor que atenda aos interesses de ambos os contratantes, disso resulta a mediana de qualidade a que se busca alcançar. A atividade judicial buscaria, portanto, determinar qual o valor da prestação em termos justos, que satisfaçam os interesses de ambos os contratantes. Para tanto, pode o juiz recorrer ao *id quod plurumque accidit*, definindo o que é justificável num contexto de normalidade contratual.

A segunda posição que pode ser adotada é aquela favorável à expurgação do excesso, apenas, de modo que o tribunal deva conduzir o contrato não ao perfeito equilíbrio, mas reduzi-lo ao desequilíbrio “aceitável”, que se existente na origem não justificaria a intervenção judicial.

No âmbito do direito italiano – que adotou expressamente o critério da metade do valor, vide artigo 1.148 do Código Civil -, há doutrinadores que defendem que, se a lei apenas considera relevante o desequilíbrio *ultra dimidium*, reputando válidos os

¹³⁴ Também sobre a interpretação do contrato segundo os valores do ordenamento jurídico, ver ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico - algumas reflexões*. In FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II: A parte geral do código civil e a teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 367-392.

negócios jurídicos que respeitem o limite, também na intervenção judicial deve ser adotado o critério¹³⁵.

A doutrina portuguesa não aprofunda a discussão a respeito, limitando-se no mais das vezes a repetir a literalidade do artigo 282.º, n.º 1, do Código Civil¹³⁶. Contudo, tendo em vista a admissão de que o princípio do equilíbrio apenas teria seu âmbito de aplicação para as desproporções significativas, infere-se que tão logo salvaguardado o núcleo duro da justiça contratual, o princípio em questão não seria aplicável. Assim, a intervenção judicial perderia sua legitimidade a partir de tal patamar.

Embora razoável, tal interpretação não está imune a críticas. É que, em se limitando a redução do benefício do usurário apenas ao limiar da antijuridicidade, a solução é pouco vantajosa para o contratante lesado, que teria na anulação um efeito prático mais benéfico. Ademais, para o contratante favorecido haveria sempre a garantia de que, mesmo explorando a vulnerabilidade – ou seja, agindo de forma contrária aos valores éticos incorporados ao ordenamento jurídico –, ser-lhe-ia garantida margem de lucro que não obteria de outra forma¹³⁷.

¹³⁵ É o que nos informa FRANCESCO CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilíbrio contrattuale...* p. 86-87, que, não obstante, é contrário a tal entendimento: “Segundo parte da doutrina, bastaria, para preservar o contrato, que o prejuízo fosse reduzido abaixo do limiar do «*ultra dimidium*», no pressuposto de que, se o contrato sem desproporção superior a metade é válido no momento da sua estipulação, também deve ser considerado válido quando essa desproporção for posteriormente eliminada, para o que foi retirado o limite quantitativo considerado relevante pelo legislador para efeitos de alteração da relação sinalagmática”.

¹³⁶ Veja-se: “A modificação poderá ser operada através da redução do negócio jurídico, de maneira a retirar-lhe a parte dos benefícios que sejam considerados ‘excessivos ou injustificados’ repondo um equilíbrio justo na ou nas suas prestações” (EIRÓ, *Do negócio usurário...* p. 80) ou “a equidade exige simplesmente que o usurário entregue o benefício excessivo ou injustificado, ao lesado” (MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 500-501). Em sentido semelhante, “a modificação faz-se mediante a redução do benefício excessivo ou injustificado a valores justos, segundo as circunstâncias concretas do negócio” (LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil. Vol. 2: Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 251). No Brasil, a remessa do art. 157 do CCB aos “valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico” (§1º), torna mais clara a dimensão da atividade judicial, visto que o §2º faculta ao usurário a oferta de “suplemento suficiente” a concordância com a “redução do proveito”, resultando a interpretação mais coerente de que ao fim o contrato deve ser condizente com os valores de mercado. Contudo, não é esta a única interpretação possível, pois o parágrafo primeiro apenas alude aos valores vigentes na apuração da desproporção e não quanto ao resultado a ser alcançado. A oferta de suplemento pode ser suficiente para que seja adequada ao que se poderia obter em situações de normalidade negocial, fruto de um *fair dealing* em que descontos podem ser obtidos licitamente, e não necessariamente a uma tarificação de preços.

¹³⁷ Neste sentido, CAMILLETI, *Profili...* p. 88, discorre ainda que “se é verdade que aproveitar-se do estado de necessidade alheio não é tecnicamente um ilícito, é igualmente verdade que o comportamento daqueles que se aproveitam da vulnerabilidade alheia ainda é moral e socialmente reprovável. A obrigação de restabelecer o valor de mercado poderia, portanto, servir de estímulo para não extrair vantagens exorbitantes do contrato (como ocorre no caso de um desequilíbrio superior à metade) como uma consequência do aproveitamento.

Pensamos de outra forma. Como a incidência do princípio do equilíbrio é inversamente proporcional ao grau de atendimento das condições de exercício da autonomia privada, a intervenção judicial, segundo os critérios de equidade, deve ter por finalidade a equivalência das prestações, o que não significa, por outro lado, que o preço justo corresponda obrigatoriamente ao preço de mercado. Na análise do caso concreto, deve o julgador levar em consideração as circunstâncias da contratação, buscando obter – sempre que possível – o resultado a que razoavelmente as partes alcançariam (segundo os riscos naturalmente assumidos) não houvesse a exploração da situação de vulnerabilidade¹³⁸. Apenas quando isso não for possível é que o preço de mercado deve ser imposto.

Um exemplo pode aclarar: na venda de um automóvel usado a uma concessionária, muito dificilmente será obtido o valor de mercado do bem, porque a empresa adquirente irá revendê-lo e, para tanto, terá que assumir custos que não poderão ser integralmente repassados ao próximo comprador, porque então este pagaria mais pelo veículo do que ele vale. A operação, portanto, não seria economicamente justificável, do que resulta que a venda nestas circunstâncias faz presumir que o vendedor sabia que obteria o preço de mercado. O menor risco da operação implica o menor retorno financeiro.

Ainda a título ilustrativo, no clássico exemplo do salvamento do naufrago, pode o juiz considerar que, pelos riscos a que o salvador se submeteu, naturalmente exigiria preço superior ao que praticara em tempos de bonança.

Contudo, haverá casos em que o resultado provável de uma negociação entre as partes não seja conhecido ou que não se vislumbre risco especial a ser compensado com o acréscimo do preço. Nestes, deverá ser privilegiado o preço de mercado ou, se não houver (na hipótese de inexistência de concorrência, por exemplo), o preço de custo (não só do bem/serviço, mas de toda a operação) acrescido de uma justa remuneração a ser definida pelo tribunal como a margem de lucro. E esta parece

¹³⁸ Como defende VICENZO ROPPO, *Trattato del Contratto. Vol. IV: Rimedi – 1*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 475, “se a oferta [de modificação do contrato] for o meio de evitar a rescisão, isto é, de alterar e manter o contrato celebrado sob a influência do estado de necessidade do contratante, protegendo *ex post* a liberdade contratual deste último, então o conteúdo da proposta deve ser apreciado (e, se for caso disso, completado) à luz das circunstâncias subjectivas das partes, das razões que as levaram a celebrar o contrato e, de um modo mais geral, do contexto do qual faz parte o referido contrato”. Contudo, noutra passagem refere expressamente que a oferta de modificação do contrato tem por objetivo permitir ao contratante lesado a execução do contrato da forma como ele próprio desejaria (não em termos arbitrários), mas em termos justos (*Trattato...* p. 474).

mesmo ter sido a orientação do legislador, como se vislumbra do art. 883.º, n.º 1, do CCP.

O raciocínio acima pode ser aplicado, ainda, aos contratos regidos pelas cláusulas contratuais gerais, pois o Considerando 19 da Diretiva 93/13/CEE, que afasta a apreciação do caráter abusivo da cláusula que disponha sobre o objeto principal do contrato ou a relação qualidade/preço do fornecimento ou de prestação não foi reproduzido pelo DL 446/85.

Este controle, porém, deve ser excepcional porque a concorrência pode ser por si só suficiente a neutralizar os preços excessivos e, como já expusemos, não é apenas o desequilíbrio das prestações que configura o contrato injusto, passível de intervenção, é necessário a cláusula seja contrária à boa-fé e que o outro contratante esteja numa situação de não poder recusar o contrato, isto é, que não tenha como acessar o mercado para obtenção de melhores condições. Contudo, uma vez presentes os requisitos, não se vislumbra óbice para o controle do preço ajustado, o que deve ser feito nos termos do artigo 883.º, n.º 1, do CCP¹³⁹: primeiro, busca-se o preço habitual do vendedor, hipótese que tem cabimento principalmente quando haja alteração em razão das circunstâncias em que o comprador se encontrava, revelando uma conduta contrária à boa-fé; se isso não for possível, observa-se o preço de mercado; no último caso, procede-se segundo o juízo de equidade¹⁴⁰.

Solução tendencialmente idêntica é dada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de o Código Civil não referir, em seu artigo 157, §2º, aos critérios a serem utilizado para a modificação do contrato, a ideia da redução do proveito, segundo nos aponta ANDERSON SCHREIBER, encontra raízes históricas no Projeto Ítalo-francês de Código de Obrigações e Contratos, de 1927, que em seu artigo 22 previa a possibilidade de o juiz anular o contrato ou reduzir a prestação, o qual, por sua vez, remete à *reductio ad aequitatem* medieval¹⁴¹.

Também no Código de Defesa do Consumidor, que prevê como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, inciso V), exige a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor

¹³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 426.

¹⁴⁰ Redação semelhante é a do art. 488 do CCB, mas sem a referência ao juízo de equidade, que é parca no Código Civil brasileiro, apesar de a ideia subjacente – a de se realizar uma conformação equilibrada – esteja permeada nos princípios orientadores do sistema.

¹⁴¹ ANDERSON SCHREIBER, *Equilíbrio...* p. 159-160.

com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 4º, inciso III). Para que a harmonização dos interesses seja viabilizada, é preciso garantir que os contratantes não sejam prejudicados e, por isso, o parâmetro do preço médio de mercado tem relevância, pois o fornecedor não é colocado numa posição de desvantagem concorrencial pela intervenção judicial no conteúdo do contrato.

3.3. A modulação para além do preço

Para além do conteúdo das prestações, o princípio do equilíbrio diz respeito a todo o conjunto de direitos e deveres que resultam da vontade das partes, o que afeta também as demais cláusulas necessárias ou eventuais (condição, termo, cláusula penal etc.) do contrato. E isso é especialmente evidenciado no âmbito das cláusulas contratuais gerais (e das relações de consumo, no Brasil), em que há proibição das cláusulas contrárias à boa-fé, isto é, daquelas em que os interesses do aderente não foram observados, causando-lhe injustificada desvantagem na relação contratual.

No entanto, segundo defendemos, o controle das cláusulas não se restringe às *ccg*, podendo ser realizado sempre que se verificar o desequilíbrio não desejado ou previsto pelas partes ou mesmo quando decorrente de uma exploração da situação de vulnerabilidade de um dos contratantes ou quando se proceda de forma contrária à boa-fé no âmbito das relações negociais.

Coloca-se, então, a questão de saber se é possível aplicar o mesmo raciocínio da redução do valor da prestação às demais cláusulas: é dizer, frente a uma cláusula abusiva, poderia o juiz modificá-la para ajustar a termos aceitáveis ou a consequência será sempre a nulidade, como prevê o artigo 12.º do DL 446/85? Tomemos por exemplo o artigo 19.º, alínea c, do referido Decreto Lei, que dispõe serem proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir. Acaso reconhecida a nulidade, nenhuma multa pode ser exigida; se, por outro lado, admitir-se a sua redução, o regime jurídico seria aproximado ao do artigo 812.º do CCP.

Especificamente quanto à possibilidade de modificar a cláusula penal, no Acórdão de 30 de maio de 2013, ECLI:EU:C:2013:341, o TJUE foi categórico ao

afirmar que “ o artigo 6.º, n.º 1, da diretiva não pode ser interpretado no sentido de que permite ao juiz nacional, quando reconheça o caráter abusivo de uma cláusula penal num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, reduzir o montante da pena imposta ao consumidor, em lugar de afastar inteiramente a aplicação da cláusula em questão em relação a esse consumidor”¹⁴².

Mais amplamente, a solução modificativa foi rechaçada pelo TJUE, no Acórdão de 14 de junho de 2012, ECLI:EU:C:2012:349¹⁴³, sob o fundamento de que “contribuiria para eliminar o efeito dissuasivo exercido sobre os profissionais decorrente da pura e simples não aplicação ao consumidor de tais cláusulas abusivas”¹⁴⁴, seguindo a linha do que dispõe o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE¹⁴⁵. Naquele acórdão, foi decidido que o referido artigo veda a que o tribunal nacional possa mesmo integrar o referido contrato (vide n.º 73), solução aparentemente incompatível com o tratamento da matéria dado pelo DL 446/85, que em seu artigo 13.º, n.º 2, expressamente admite a integração do contrato.

Posteriormente, no Acórdão de 30 de abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:282¹⁴⁶, o TJUE admitiu a aplicação do direito supletivo nacional, desde que indispensável à subsistência do negócio jurídico cuja invalidade pudesse ser tão ou mais prejudicial quanto à manutenção da cláusula abusiva¹⁴⁷.

¹⁴² Acórdão disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1433969>.

¹⁴³ Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=PT>.

¹⁴⁴ E assim concluiu o Tribunal: “Decorre, pois, destas considerações que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não pode ser interpretado no sentido de permitir ao tribunal nacional, que constate a existência de uma cláusula abusiva num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, modificar o conteúdo da dita cláusula em vez de afastar simplesmente a sua aplicação relativamente ao consumidor”.

¹⁴⁵ *In verbis*: “Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

¹⁴⁶ Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2387269>.

¹⁴⁷ Em decisão mais recente (Acórdão de 16 de março de 2023, ECLI:EU:C:2023:216), a Corte decidiu que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que “se opõe a que o juiz nacional, após ter constatado o caráter abusivo de uma cláusula de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, possa sanar as lacunas resultantes da supressão da cláusula abusiva que nele figura através da aplicação de uma norma do direito nacional que não tenha o caráter de uma disposição supletiva”. (Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Diretiva%2B93%252F13%252FCEE%2Bc1%25C3%25A1usulas%2Babusivas%2Bintegra%25C3%25A7%25C3%25A3o&docid=271338&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2395786#ctx1>). Admitiu-se,

Quando não haja direito supletivo a ser aplicado, permitiu-se que o juiz adote “todas as medidas necessárias para proteger o consumidor das consequências particularmente prejudiciais que a anulação do contrato de mútuo em causa poderia provocar”, desde que não se estenda “além do estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes no contrato”, pois “se fosse permitido ao juiz alterar ou moderar livremente o conteúdo das cláusulas abusivas, esse poder seria suscetível de comprometer a realização de todos os objetivos referidos no n.º 38 do presente acórdão [i.e., pôr termo à utilização das cláusulas abusivas]” (Acórdão de 25 de novembro de 2020, ECLI:EU:C:2020:954)¹⁴⁸.

A jurisprudência do TJUE é, pois, no sentido de adotar a redução do negócio jurídico como regra e a aplicação das normas supletivas, como uma situação excepcional, apenas para garantir a subsistência do contrato quando desejada pelo consumidor; a integração, propriamente dita, é rejeitada pela Corte Europeia.

A orientação adotada, como se nota, é que a única forma de dissuadir a formulação de cláusulas abusivas é garantir a sua extirpação do contrato sem qualquer colmatação da lacuna, com as ressalvas que já apontamos acima. Esse entendimento, porém, nos parece equivocado¹⁴⁹, porque privilegia os contratos futuros em detrimento dos atuais. Em busca do equilíbrio no futuro, o TJUE veda a que os consumidores atuais gozem da faculdade de pleitear a modificação do contrato a termos equitativos: ou se aplica o direito supletivo, ou o contrato é anulado; se não houver direito supletivo, ou as partes chegam a um acordo, ou o contrato é anulado.

contudo, a aplicação de direito não supletivo quando houver acordo entre as partes (Acórdão de 12 de janeiro de 2023, ECLI:EU:C:2023:14, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=269150&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2402800>).

¹⁴⁸Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=LST&pageIndex=0&docid=234326&part=1&doclang=PT&text=&occ=first&cid=2406767>. No Acórdão de 12 de outubro de 2023, ECLI:EU:C:2023:774, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Diretiva%2B93%252F13%252FCEE%2Bc1%252C3%252A1usulas%2Babusivas&docid=278518&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2395786#ctx1>, o Tribunal de Justiça da União Europeia ratificou o entendimento da “impossibilidade de o juiz nacional completar esse contrato alterando o conteúdo dessa cláusula” (n.º 35).

¹⁴⁹ Também em tom crítico, mas sob a perspectiva da excepcionalidade do recurso às normas do direito dispositivo, CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, *Cláusulas abusivas, nulidad parcial del contrato y derecho dispositivo*. In FERNANDO GÓMEZ POMAR; IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN (ORG.), *Estudios de derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2022, pp. 261-327.

A situação gerada pela jurisprudência europeia acarreta, em última análise, as consequências da espada de Dâmocles¹⁵⁰. A nosso ver, não há razão jurídica impeditiva da modificação do contrato a termos equitativos, pois se o objetivo da Diretiva 93/13 é pôr termo à utilização das cláusulas abusivas (artigo 7.º, n.º 1), a modulação do conteúdo da cláusula lança luz ao fornecedor para os limites de sua atuação, o que contribui para a segurança jurídica, visto que os utilizadores das *ccg* terão a seu dispor ao menos orientações para a formulação das cláusulas em termos que não corram o risco de serem anuladas¹⁵¹. E isso é especialmente relevante quando se vislumbra o princípio geral de proibição das cláusulas contrárias à boa-fé, cujo conteúdo é necessariamente definido pelo Tribunal, visto tratar-se de conceito jurídico indeterminado.

O que deve ser enfatizado é que o controle das cláusulas contratuais gerais não deve ter o condão de punir o seu utilizador, mas sim restabelecer o equilíbrio real entre direitos e obrigações. Sendo esta a função da norma, sua interpretação deve seguir tal fim; por isso, não se deve afastar de imediato a solução que privilegie a manutenção do contrato.

Quanto ao modo pelo qual o juiz pode alterar o conteúdo do contrato sem reduzi-lo, três possibilidades se apresentam: (1) a aplicação das normas de direito dispositivo; (2) a colmatação da lacuna pelas regras da integração; ou (3) a modificação equitativa da cláusula abusiva.

Das duas primeiras hipóteses, trata o artigo 13.º, n.º 2, do DL 446/85, que determina a aplicação das normas supletivas e o recurso, quando necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. A norma, contudo, deve ser interpretada em conjunto com o artigo 14.º, que impõe a redução do contrato quando o aderente não houver optado pela sua complementação ou quando isso “conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé”.

¹⁵⁰ Corroborar essa ideia o Acórdão de 3 de outubro de 2019 (ECLI:EU:C:2019:819) daquele Tribunal, que faculta ao consumidor rejeitar a proteção dada pela Diretiva, mantendo no contrato a cláusula abusiva que é indispensável à subsistência do contrato. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218625&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2888080>.

¹⁵¹ Não nos descuidamos de que a Diretiva 93/13 tem por objetivo a uniformização de tratamento conferido às cláusulas abusivas pelos Estados-membros, o que pode ser afetado com a possibilidade de modulação de seu conteúdo pelos respectivos juízes de forma descentralizada. Contudo, pensamos que há hipóteses em que a modificação do contrato, em detrimento de sua invalidação, assegura ao aderente um nível de proteção mais elevado, o que atende ao Considerando 12 daquela Diretiva.

Assim interpretado, tem-se que o aderente é quem terá o domínio sobre as consequências da cláusula abusiva: poderá ou não requerer o preenchimento da lacuna gerada. Para que assim possa proceder, contudo, é necessário que se esteja diante de uma “verdadeira lacuna negocial”, como refere MENEZES CORDEIRO, e não a mera omissão¹⁵². A título ilustrativo, quando o Supremo Tribunal de Justiça decidiu ser “proibida, nos termos do preceituado pelo art.º 18.º al. a) da LCCG, a cláusula contratual geral que autoriza o banco predisponente a ceder total ou parcialmente a sua posição contratual para outras entidades do respetivo grupo, sediadas em Portugal ou no estrangeiro” (Ac. STJ de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 13.11.2015), o que ocorre é a mera redução do negócio sem acarretar lacuna, porque a omissão da referida cláusula não torna incompleto o contrato.

Identificada a incompletude, determina o artigo 10.º do DL 446/85 que as cláusulas contratuais gerais sejam integradas de harmonia com as regras relativas à integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam. Em outras palavras, deve ser aplicado o artigo 239.º do CCP, que impõe a consideração da vontade hipotética das partes orientada pela boa-fé.

Tendo em vista que nos contratos formados a partir de cláusulas contratuais gerais, normalmente, há grande assimetria negocial, como se pode interpretar a vontade hipotética de quem não conhece adequadamente os riscos do contrato ou, mesmo conhecendo, não tem poder de conformação da cláusula? Mais ainda, como se

¹⁵² Segundo o autor, três são os requisitos para a configuração da lacuna: (1) represente um ponto que, pela interpretação, devesse ser regulado pelo contrato; (2) sejam inaplicáveis regras supletivas; e (3) o ponto omissão não acarrete a nulidade do contrato (MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 768). CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 76-77, explica o item (1) apontando que “a lacuna só pode aferir-se em função da teleologia do contrato conforme resulta do plano contratual”, ou seja, aquela que se mostre indispensável à execução do “plano obrigacional gizado pelas partes” ou que afete a coerência e do contrato. Mas não só isso. A interpretação do conteúdo do contrato dá-se com referência também ao sistema normativo em que está inserido, de modo que as declarações negociais devem estar em consonância com o sistema e com os seus princípios, dentre os quais a boa-fé, a justiça, o equilíbrio de interesses... (também neste sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O problema da integração...* p. 372-376). Disso, resulta que mesmo havendo regulamentação contratual é possível existir uma incompletude se, por exemplo, conferir direitos exclusivamente a uma das partes: o silêncio do contrato quanto à reciprocidade dos direitos deve ser apreciado em conjunção com o efetivo exercício da liberdade contratual pelo contratante desfavorecido, em especial a liberdade negativa: como refere BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*. In JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iurídica, 1991, p. 517-518, o que reforça a expectativa da autovinculação é a capacidade de a pessoa dispor do “não”, isto é, se tem a liberdade de recusar a cláusula ou o contrato, é razoável assumir que o conteúdo do contrato reflete o interesse das partes; caso não disponha de tal liberdade, o silêncio não pode assumir valor declarativo, é dizer, as declarações contratuais não revelam integralmente a *vontade normativa*, havendo também neste aspecto uma lacuna.

poderia extrair a vontade hipotética do aderente, cuja intervenção no contrato se limita à aceitação de um conteúdo predisposto?

Para solucionar isso é preciso entender a dimensão do artigo 239.º: a referida vontade hipotética das partes, não é uma vontade psicológica, daqueles contratantes em particular; o dispositivo faz menção a dois critérios, mas dá prevalência a um deles: a boa-fé¹⁵³, concluindo-se daí que a ponderação da vontade das partes dá-se a nível objetivo, pelo sentido global do regulamento contratual. Nesta linha de raciocínio, BAPTISTA MACHADO argumenta que o artigo 239.º do CCP traz um *critério normativo* de razoabilidade e boa-fé, que deve ser articulado com o fim e o contexto do contrato em concreto¹⁵⁴.

Semelhante solução extrai-se do Código Civil brasileiro que, em seu art. 113, determina que os negócios jurídicos sejam interpretados¹⁵⁵ conforme a boa-fé e concretiza a norma em seu parágrafo primeiro, inciso cinco, determinando que deve ser atribuído o sentido que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Apesar da referência à razoável negociação das partes, o dispositivo é redundante pois determina que o resultado da interpretação corresponda à boa-fé (inciso três).

Isto posto, a integração enseja a ponderação do conjunto das cláusulas contratuais, para que não sejam geradas inconsistências, e da lógica imanente ao contrato, observando a racionalidade econômica da operação, guiada para o atendimento dos interesses de ambos os contratantes (cuja inobservância foi a causa

¹⁵³ Da conjunção dos fatores, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* p. 772-775, argumenta tratar-se de uma vontade hipotética objetiva, “importando a ponderação objetiva da realidade e dos valores presentes para a reconstrução da ‘vontade justa das partes’, se tivessem previsto o ponto omissis”.

¹⁵⁴ BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável...* p. 483-484. No mesmo sentido, CANEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção...* p. 70, para quem a concretização da boa-fé pressupõe a “regulação contratual efectivamente instituída pelas declarações negociais de modo a apurar aquilo que um contraente razoável há-de ter de aceitar como implicado pelo desenvolvimento adequado e justo do sentido contratual”.

¹⁵⁵ Influenciado pelo ordenamento jurídico alemão, o Código Civil brasileiro não distinguiu a interpretação da integração, regulando-as no mesmo dispositivo, reconhecendo, pois, que os institutos seguem a mesma lógica aplicativa: apura-se o conteúdo do contrato segundo os valores do sistema para que seja compreendido o seu sentido e a sua completude. Sobre a questão, mas na análise do direito português, reportamos a MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O problema da integração...*

da nulidade). Isso significa, pelos valores adotados pelo ordenamento jurídico¹⁵⁶, que a função do juiz será estabelecer o equilíbrio real entre os direitos e as obrigações.

3.3.1. Integração como equalizadora de direitos?

Apontamos no tópico anterior que a sanção conferida pelo ordenamento jurídico às cláusulas abusivas é a da nulidade, que acarretará a redução do negócio jurídico ou, se indispensável à sua subsistência, a colmatação da lacuna pela integração segundo os ditames da boa-fé. Será esta, contudo, a única consequência possível?

O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 define a cláusula abusiva como aquela que “a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Partindo disso, há mesmo de se questionar se o único meio de trazer o contrato a termos equilibrados seja a declaração de nulidade (e posterior integração, se o caso) ou se é possível alcançar tal resultado de outra forma.

A questão ganha relevância quando a abusividade reside não necessariamente em cláusulas que acarretem prejuízos diretos (e graves) ao aderente – cuja consequência seria a nulidade –, mas sim quando tragam benefícios exclusivos (e injustificadamente) ao predisponente. Mas qual o remédio jurídico cabível para sanar o vício, se não a declaração de nulidade? Pensamos que a integração, dado que a existência de benefício unilateral, sob o viés da justiça contratual, pode ser considerada uma incompletude contratual¹⁵⁷.

De fato, se a adoção de cláusulas contratuais gerais impõe ao seu utilizador (por força do princípio da boa-fé) a consideração dos interesses da outra parte, coletivamente considerada, entendemos que o não cumprimento desse dever pode acarretar uma incompletude contratual que em último grau enseja a nulidade da cláusula ou de todo o contrato, especialmente quando o contratante seja consumidor, dada a proteção de seus interesses económicos pelo artigo 9.º da Lei de Defesa do Consumidor.

¹⁵⁶ Reportamos, aqui, ao que já expusemos acerca da vigência do princípio do equilíbrio contratual, nomeadamente quanto à presunção de que, no efetivo exercício da liberdade contratual, as partes atenderão ao maior grau possível de satisfação do referido princípio.

¹⁵⁷ Conforme defendemos na nota 152.

Havendo, nesses casos, a imposição da igualdade material dos intervenientes (n.º 1) e a proibição de inclusão de cláusulas que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor (n.º 2, b), na estipulação de benefícios exclusivos ao fornecedor deve estar atrelado a um programa contratualmente justo, isto é, associado a um risco específico do predisponente. Se este equilíbrio não for vislumbrado, não se pode presumir que o consumidor tenha renunciado a tal direito. O silêncio contratual não terá valor declarativo e a omissão será considerada uma incompletude, que poderá ser sanada pela exclusão do benefício – se não for indispensável à subsistência do negócio – ou pela extensão ao consumidor.

A Diretiva 93/13 traz-nos exemplos de cláusulas abusivas por traduzirem benefícios exclusivos aos utilizadores das *ccg*, dentre os quais destacamos o item 1., alínea d): “Cláusulas que têm como objectivo ou como efeito: (...) d) Permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou à execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indemnização de montante equivalente se for este a renunciar”. A abusividade reside unicamente na unilateralidade do benefício, o que significa que se o consumidor tiver direito à indenização equivalente, a cláusula será válida.

Ora, se a função da norma é evitar o desequilíbrio, pensamos não haver óbice para que se integre o contrato de modo a assegurar a igualdade material dos contratantes, dada a ordem jurídica de proteção que existe em favor do consumidor. Como não teve a oportunidade de influenciar na redação da cláusula, não se pode pressupor a renúncia do aderente ao direito à indenização, daí resultando que a omissão não foi intencional e, como a validade da cláusula está vinculada à bilateralidade dos benefícios, pode o consumidor suscitar a incompletude para que haja a devida integração.

Essa faculdade, contudo, é exclusiva do aderente, tal como já referimos. Assim, não poderia o profissional pleitear a modificação da cláusula para garantir a sua manutenção no contrato. E isso tem especial relevância porque dá opção ao consumidor de se opor à retenção do montante pago, caso tenha sido ele a inadimplir a obrigação, ou exigir o pagamento da indenização, se tiver sido o profissional quem o fez.

Na experiência brasileira, esta solução foi bem aceita pela jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça firmou tese vinculante no sentido de que “[no] contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão

de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial”¹⁵⁸.

Apesar de a tese ter sido firmada em relação a contrato de incorporação imobiliária, os fundamentos da decisão foram amplos – lastreados no princípio do equilíbrio e na especial proteção conferida aos consumidores - e podem ser transportados a outros tipos contratuais, porque a Portaria n.º 4, de 13 de março de 1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ)¹⁵⁹ reputou nulas as cláusulas que “estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor” (item 6).

Entendemos, de forma mais ampla, que a integração nos moldes acima é cabível para além da *ordem pública de proteção*, pois decorrente da conformação do contrato aos princípios orientadores do sistema, mas sempre limitada ao programa contratual construído pelas partes e sua racionalidade econômica na distribuição de riscos e recompensas.

3.4. De volta ao preço: a modulação para além da usura

A mobilidade que o sistema nos oferece para a identificação dos contratos injustos permite-nos trilhar caminhos que desbordam os da usura: a confluência do desequilíbrio e da boa-fé dá lugar incidência da *culpa in contrahendo* e do contrato como dano a ser reparado. São contratos que, ainda que validamente celebrados - e, por isso, não passíveis de anulação -, não refletem o pleno exercício da liberdade contratual face à violação de deveres pré-contratuais, a exemplo do dever de informação ou dever de verdade.

Com a violação do dever de agir de boa-fé, impõe o artigo 227.º do CCP (e, na mesma toada, os art. 186 e 422, do CCB) a obrigação de reparar o dano causado, que pode decorrer do contrato indesejado em si ou de alguns de seus termos. Para a liquidação do dano, deve-se observar o que dispõe o artigo 562.º do CCP: a reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o ilícito. Mas qual

¹⁵⁸ REsp n. 1.614.721/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22/5/2019, DJe de 25/6/2019.

¹⁵⁹ Disponível em https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/7989/1/PRT_1998_4.pdf

situação, exatamente? Pensemos na hipótese de indução negligente em erro por informações equivocadas: deve-se privilegiar a situação em que o lesado se encontraria se as informações prestadas fossem corretas, se nada tivesse sido dito ou se as informações corretas tivessem sido transmitidas?

Como a função da responsabilidade civil é a reparação de um dano, isto é, retornar as coisas ao seu estado natural, não podemos concordar com a possibilidade de o lesado ser beneficiado com um contrato que, seguindo o fluxo normal das negociações, não existiria. Por isso, a primeira hipótese há de ser descartada. Do mesmo modo, o ilícito não pode ser considerado a prestação da informação em si, porque o dever de prestá-la existe e decorre da boa-fé objetiva; assim, alguma informação haveria de ser transmitida e o contratante lesado poderia exigí-la, razão pela qual entendemos que a reparação do dano deve conduzir a uma situação em que o lesado se encontraria se dispusesse de informações corretas a respeito do objeto do contrato¹⁶⁰.

Partindo desse pressuposto, duas são as consequências possíveis da reparação do dano: o desfazimento do contrato ou a sua modificação. Em atenção ao objeto do nosso estudo, não trataremos da hipótese em que o contrato não teria sido celebrado (a ensejar a rescisão como medida indenizatória), mas apenas daquela na qual o negócio teria sido celebrado em termos mais favoráveis.

Esta modificação garante ao lesado a expurgação dos prejuízos injustamente sofridos, apurados em conformidade com um contrato que *provavelmente* teria sido celebrado se as informações corretas houvessem sido prestadas, seja com o próprio lesante, seja com terceiro. Neste sentido, há certa colidência entre o interesse contratual positivo (interesse no cumprimento) e o negativo (“dano da confiança”), porque o que se busca é colocar o lesado na posição em que *poderia estar* não fosse o ilícito.

A demonstração do conteúdo deste contrato hipotético, porém, é objeto de divergência doutrinária. Para alguns, a indenização deve ser calculada segundo o *método proporcional*, isto é, reduz-se o preço proporcionalmente à desvalorização resultante do “defeito” (no caso, a informação equivocada). Assim, se o valor da coisa com defeito correspondesse a metade da sem defeito, a indenização corresponderia à

¹⁶⁰ Como refere MOTA PINTO, *Interesse Contratual...* p. 1382-1384, tutela-se aqui o *interesse no cumprimento do dever pré-contratual de informação*, garantindo ao lesado a satisfação do interesse contratual negativo.

metade do valor pago pelo contratante lesado. A vantagem desse método, segundo MOTA PINTO, é o respeito à relação de equivalência ajustada entre as partes, mas pode ser de difícil aplicação porque seria necessário apurar o valor de mercado do bem e a desvalorização decorrente do defeito, para que se pudesse aplicar a razão encontrada no contrato celebrado. Além disso, poderia colocar o lesado em posição mais favorável do que a que estaria se o contrato não fosse nem mesmo concluído, contrariando a lógica da indenização¹⁶¹.

Outro método, denominado *objetivo*, seria reduzir o preço ao valor real da coisa, que, embora tenha a vantagem de reconduzir o contrato ao preço justo, não satisfaz adequadamente o nexo de causalidade, isto é, os danos resultantes da inobservância dos deveres pré-contratuais que foram a causa da indenização. Prejudica, ainda, o comprador por bom preço, por não manter os benefícios que obteve no curso das negociações e tampouco dá uma resposta satisfatória aos casos em que o preço foi ajustado abaixo do valor de mercado¹⁶².

Outro método, defendido por MOTA PINTO, consiste em averiguar o que o lesado teria querido, caso não tivesse existido o ilícito¹⁶³. Noutras palavras, o que se deve buscar é um resultado provável a partir da vontade hipotética do *deceptus*, orientado – com nossos acréscimos – aos valores incorporados ao sistema jurídico, especialmente a boa-fé e a justiça contratual. Este método, como se observa, assemelha-se aos critérios decisórios da modificação equitativa do contrato que defendemos anteriormente: o julgador deve levar em consideração as circunstâncias da contratação, buscando obter – sempre que possível – o resultado a que razoavelmente as partes alcançariam (segundo os riscos naturalmente assumidos) diante da disponibilização de informações corretas. Não sendo cognoscível tal resultado, presumir-se-á, pela natural aversão ao risco, que as partes tenderiam ao preço de mercado. Esta, segundo nos parece, é a solução mais adequada porque privilegia a autonomia privada das partes à medida que a atividade judicial partirá do conjunto das disposições previamente acordadas, a fim de aferir a intenção dos contratantes.

Coloca-se, por fim, a dúvida sobre a possibilidade de o *deceptor* demonstrar que não aceitaria a conclusão do contrato noutros termos (limitando a pretensão do

¹⁶¹ MOTA PINTO, Interesse Contratual... p. 1438-1439.

¹⁶² MOTA PINTO, Interesse Contratual... p. 1439-1441.

¹⁶³ MOTA PINTO, Interesse Contratual... p. 1444-1447.

deceptus à rescisão). MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, advogando a tese de que o bem jurídico tutelado é mais o patrimônio do lesado que a regular formação da sua vontade, sustenta ser irrelevante a vontade – real ou hipotética – do contratante faltoso, ainda que haja *indução negligente em erro*. Com isso, defende a aproximação com o regime dos negócios usurários¹⁶⁴. Tal equiparação parece-nos correta quando a conduta do contratante favorecido é intencional ou consciente, pois nestes casos haverá a manifestação da vulnerabilidade pelo estado de dependência – em razão da confiança gerada acerca da correção das informações prestadas –, como argumentamos ao final do item 2.3 do nosso trabalho, que foi explorada. Sob tal aspecto, entendemos ser irrelevante a vontade contrária do *deceptor*, pois a conduta antijurídica reveste-se de reprovabilidade suficiente para reduzir o grau de importância na preservação de sua liberdade contratual.

Por outro lado, quando não haja a exploração consciente da vulnerabilidade, isto é, quando há indução negligente em erro, as premissas interventivas dos negócios usurários não estão presentes, mas o resultado prático não é tão diferente, pois a distinção entre dolo e culpa, tão cara ao direito penal, tem tratamento diverso na responsabilidade civil: o dever de indenizar existe havendo um ou outro. Se o dever de reparar o dano – no caso, o desequilíbrio contratual – independe da vontade do *deceptor*, à modificação do contrato não pode ser oposta a vontade contrária dele.

À conclusão acima, pensamos excepcionar os casos de culpa levíssima, isto é, quando houve a razoável diligência¹⁶⁵ (na obtenção de informações corretas, por exemplo), mas ainda assim o resultado danoso se verificou. Em casos tais, de negligência inconsciente, ainda que ilícita a conduta, não é grave o suficiente para afastar a importância no respeito à liberdade contratual, ou seja, na curva de indiferença dantes traçada, a situação ora trazida representa o meio-termo, o ponto em que a tutela do equilíbrio contratual não afasta inteiramente a necessidade de observância da vontade do outro contratante.

Assim, ainda que o recurso à vontade hipotética das partes acarrete uma presunção de que o contrato seria celebrado de forma mais favorável ao lesado, pode o contratante faltoso fazer prova do contrário: que o conteúdo do contrato não seria

¹⁶⁴ MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil por prospecto no direito dos valores mobiliários - o bem jurídico protegido*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014, p. 322-324.

¹⁶⁵ Salvo se houver dever de empregar “elevados padrões de diligência, lealdade e transparência”, a exemplo do que dispõe o art. 304.º, n.º 2, do CVM.

alterado ou que, nos termos propostos, não o teria aceitado de qualquer forma. Para tanto, a reparação do dano não poderá acarretar a modificação do contrato, mesmo que preservado ao lesado o direito de resolvê-lo.

A mobilidade do sistema repercute não apenas na intensidade dos pressupostos, mas também das consequências.

Conclusões

Salientamos introdutoriamente, na esteira do que defendia ENZO ROPPO, que o contrato muda a sua disciplina e a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido. Nada obstante, demonstramos que há uma certa imanência a respeito de duas forças motrizes desse instituto, que, por vezes, entram em rota de colisão: a liberdade contratual, como instrumento da autonomia privada, e o equilíbrio das posições, um espelho da justiça no âmbito privado.

Diversas são as posições a respeito de como devem ser conciliados esses princípios: nos extremos, defende-se ora que a justiça contratual não tem relevância dentro de um acordo de vontades ora que apenas os contratos justos são válidos. Argumentamos ao longo do nosso estudo que a tensão entre os princípios deve ser resolvida pela máxima da proporcionalidade e, por isso, o princípio do equilíbrio pode ser concretizado em variados níveis e que sua preponderância deve estar relacionada à menor necessidade de se tutelar a autonomia privada.

Partindo, então, da premissa de que os princípios do equilíbrio e da liberdade contratual são ponderáveis, reconhecemos que os contratos injustos são aqueles nos quais a autonomia privada não merece ampla tutela. Em seguida, concluímos que o ordenamento jurídico não deve tutelar os contratos injustos, mas o fizemos sob a particularidade de que a injustiça não reside exclusivamente no desequilíbrio, mas é, antes, uma confluência de três fatores, a saber: o desequilíbrio em si, a vulnerabilidade de um dos contratantes e a conduta contrária à boa-fé pelo outro. Estes fatores foram identificados a partir da análise dos principais regramentos que viabilizam a intervenção judicial no conteúdo do contrato: os negócios usurários e as cláusulas contratuais gerais.

Verificamos, ainda, que apesar da existência de instrumentos capazes de controlar a justiça dos contratos, sua aplicação é ainda parca, com requisitos rígidos e que difícil concretização. Assim, concluímos pela necessidade de interpretar os institutos de maneira flexível, a fim de dar eficácia ao princípio do equilíbrio.

No segundo capítulo, propusemos estudar os elementos configuradores dos contratos injustos sob a perspectiva do sistema móvel, que garante a flexibilidade na apreciação dos requisitos sem descambar para o decisionismo judicial. A partir da análise de cada fator, criticamos o entendimento jurisprudencial dominante e

apresentamos uma alternativa interpretativa capaz de dar suporte a uma melhor e mais ampla aplicação dos institutos já vigentes.

Estabelecidas as circunstâncias nas quais o juiz pode modular o conteúdo do contrato, no terceiro capítulo debruçamo-nos sobre os meios como pode fazê-lo. Inicialmente, apontamos que a preservação do contrato é, por regra, o melhor mecanismo para privilegiar a autonomia privada. Em seguida, analisamos os critérios a serem utilizados pelo tribunal para ajustar a prestação desequilibrada sob a perspectiva da equidade: demonstramos a importância de se analisar o preço de mercado, mas também a possibilidade de se afastar desse parâmetro.

O nosso estudo, porém, não se limitou ao exame da prestação. Buscamos analisar a resposta dada pelo ordenamento jurídico às demais cláusulas, em especial a partir da leitura do Decreto-Lei nº 446/85 e da Diretiva 93/13/CEE e expusemos nossas críticas à redação da norma e à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto aos poderes do juiz no controle da abusividade. Ao final, defendemos a importância da integração como meio de garantir o equilíbrio do contrato, ampliando os poderes do juiz, mas sem desviar do programa contratual desenhado pelas partes.

Nas últimas linhas, desbordamos a análise dos negócios usurários e apontamos como as circunstâncias que configuram os contratos injustos vão mais além e permitem que identifiquemos na *culpa in contrahendo* um mecanismo de modulação judicial sobre os negócios jurídicos. Verificamos que a pretensão indenizatória pode se confundir, em certa medida, com a pretensão de modificação do contrato e que a solução dada pelo sistema é bastante similar. Registramos, ao final, que a mobilidade do sistema justifica, também, uma resposta mais compatível com o grau de intensidade de seus fatores.

Buscamos, em todo o nosso estudo, apreciar os problemas que se apresentaram sob a perspectiva do direito português e brasileiro, visto que as dificuldades ultrapassam os limites geográficos e os regramentos legais - e de certo modo também as decisões judiciais - são similares. Reconhecendo a importância do diálogo intersistemático, procuramos na medida do possível facilitar o tráfego de conhecimento para a construção de soluções para um problema que se protraí no tempo.

Bibliografia

ALEXY, ROBERT - *Teoria dos direitos fundamentais*. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE - *A responsabilidade civil por prospecto no direito dos valores mobiliários - o bem jurídico protegido*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

ALVIM, AGOSTINHO - *Da equidade*. In *Revista dos Tribunais*. Ano 91, março de 2002, Vol. 797, p. 767-770.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS – *Equilíbrio negocial*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2024.

ARISTÓTELES - *Ética a Nicômano*. São Paulo: Forense, 2024.

ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60, abril de 2000, Vol. II, p. 573-595.

ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA - *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. 3: Relações e Situações Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE - *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. In *Revista dos Tribunais*. Abril de 1998, Vol. 750, p. 113-120.

BARBOSA, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA - *O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico - algumas reflexões*. In *FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Vol. II: A parte geral do código civil e a teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 367-392.

BEALE, HUGH; LANDO, OLE (ORG.) - *Principles of European Contract Law*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2000.

BECKER, ANELISE - *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMILLETI, FRANCESCO - *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milão: Giuffrè Editore, 2004.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - *A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado*. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 49-66.

CANARIS, CLAUS-WILHELM - *El sistema en la jurisprudencia*. [trad.] Juan Antonio García Amado. Santiago: Olejnik, 2023.

CARDOSO, VLADIMIR MUCURY - *Revisão Contratual e Lesão à Luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CHAMIE, JOSÉ FÉLIX - *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*. In *Revista de Derecho Privado*. núm. 22, janeiro-junho de 2012, p. 219-275.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Tratado de Direito Civil*. Vol. 2 - Parte geral: negócio jurídico. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, MARIANA FONTES DA - *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, MARTA MARTINS DA – *Sobre o princípio do equilíbrio contratual no Direito privado português*. In *Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho. N.º 82 (abr.-jun. 2023), p. 32-49.

DE AGUIAR JR., RUY ROSADO (ORG.) - *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJE, 2005.

DENSA, ROBERTA - *Publicidade Infantil: fundamentos e critérios para definição dos limites da atuação do estado*. In MARQUES, CLÁUDIA LIMA - *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 272-306.

DOMINGOS, MIGUEL DA SILVA - *A usura na convenção do juro comercial: um olhar sobre o artigo 102º do Código Comercial*. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011.

DOMÍNGUEZ, JUSTINO F. DUQUE, ET. AL – *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

DOS SANTOS, DORA CRISTINA GONÇALVES. *O abuso de posição dominante*. Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

DUARTE, DIOGO PEREIRA - *Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil*. In *O Direito*. Ano 139, n.º 1, 2007, p. 141-213.

DUARTE, RUI PINTO - *O equilíbrio contratual como princípio jurídico*. In DUARTE, RUI PINTO - *Escritos jurídicos vários 2000-2015*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 685-699.

EIRÓ, PEDRO CAMARGO DE SOUSA - *Do negócio usurário*. Coimbra: Almedina, 1990.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON - *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Vol. 1. 14.ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON - *Curso de direito civil: contratos*. Vol. 4. 6.ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FEITOSA, ZORAIDA MARIA LOPES - *A questão da acrasia na filosofia de Platão*. In *PROMETEUS*. maio-agosto de 2017, Ano 10 - Número 23, p. 215-229.

FERNANDES, LUÍS ALBERTO CARVALHO - *Teoria geral do direito civil*. Vol. 2: *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

FIGLIOLI, JOSÉ OSMIR; MANGINI, ROSANA CATHYA RAGAZZONI - *Psicologia Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2024.

FLUME, WERNER - *El Negocio jurídico*. [trad.] José María Miquel Gonzalez e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *A ordem pública no direito dos contratos*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. 2007, p. 287-300.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Autonomia Privada e Justiça Contratual: Duas questões, nos 50 anos do Código Civil*. In FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 13-29.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*. In FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 31-90.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

GALLO, PAOLO - *Buona fede e trasformazioni del contratto*. In GAROFALO, LUIGI - *Il ruolo della buona fede oggettiva dell'esperienza giuridica storica e contemporânea*. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003, Vol. II, p. 155-189.

GODINHO, ADRIANO MARTELETO - *A lesão no novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, ORLANDO - *Contratos*. 28ª. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GORDLEY, JAMES - *Equality in Exchange*. In *California Law Review*. dezembro de 1981, Vols. 69, n. 6, p. 1587-1656.

GORDLEY, JAMES RUSSELL; JIANG, HAO - *Contract as Voluntary Commutative Justice*. In *Michigan State Law Review*. n. 3, 2020, p. 725-801.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD; DA SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA - *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2019.

IYUSUKA, ADELAIDE MARGARIDA LUCATELLI PIRES - *Dolo de aproveitamento como requisito para configuração da lesão*. In *Revista Uniútao em Pesquisa*. junho de 2023, Vols. 13, n. 3.

KÖTZ, HEIN; FLESSNER, AXEL - *European Contract Law. Vol. 1: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*. [trad.] Tony Wier. Nova York: Oxford University Press, 1997.

LARENZ, KARL - *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LIGÜERRE, CARLOS GÓMEZ - *Cláusulas abusivas, nulidad parcial del contrato y derecho dispositivo*. In POMAR, Fernando Gómez; CHACÓN, Ignacio Fernández

(org.) - *Estudios de derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2022, p. 261-327.

LÔBO, PAULO LUIZ NETO - *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2023.

LÔBO, PAULO LUIZ NETO - *Direito civil: contratos*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2023.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA - *A Cláusula do Razoável*. In MACHADO, JOÃO BAPTISTA - *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Iurídica, 1991.

MARINO, FRANCISCO PAULO DE C. - *Revisão contratual*. Coimbra: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, JUDITH - *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO - *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE; NERY JÚNIOR, NELSON - *Instituições de direito civil*. Vol. 1: *parte geral do código civil e direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO - *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PASSINHAS, SANDRA - *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*. In *Revista de Direito Comercial*. 2018, pp. 161-216.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA - *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1: *Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil*. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Gestlegal, 2020.

PINTO, PAULO MOTA - *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PRATA, ANA - *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (COORD.) - *Comentário ao Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica, 2018.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA - *A boa fé como norma de validade*. In RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA - *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Almedina, 2007.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA - *O problema do contrato*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, ARNALDO - *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

RÖLD, FLORIAN - *Contractual freedom, contractual justice, and contractual law*. In *Law and Contemporary Problems*. Vol. 76, 2, p. 57-70.

ROPPO, ENZO - *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, VICENZO - *Trattato del Contratto*. Vols. IV: Rimedi – 1. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

SCHREIBER, ANDERSON - *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, ANDERSON - *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SMITH, STEPHEN A. - *Contract Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2004.

TAFARO, SEBASTIANO - *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*. GAROFALO, LUIGI - *Il Ruolo Della Buona Fede Oggettiva Nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea*. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003, Vol. III, p. 567-608.

TARTUCE, FLÁVIO - *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Vol. 3. 18ª ed. São Paulo: GEN, 2023.

THAMAY, RENNAN, ET AL - *A Função social do contrato : atualizado de acordo com a lei da liberdade econômica (Lei no 13.874/2019) e o regime jurídico emergencial de direito privado (Lei nº 14.101/2020)*. São Paulo: Almedina, 2021.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO; FIGUEIREDO, HELENA LANNA - *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE - *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2019.

VENOSA, SILVO DE SALVO - *Direito Civil: Parte Geral*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

WILBURG, WALTER; GUICHARD, RAÚL - *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil: Apresentação da tradução*. In *Direito e Justiça*. 09 de 2000, Vol. v.14 n. 3, p. 51-75.

ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN - *Introduction to comparative law*. [trad.] Tony Weir. Nova York: Oxford University Press, 1998.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 30 de maio de 2013, ECLI:EU:C:2013:341. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1433969>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 14 de junho de 2012, ECLI:EU:C:2012:349. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=PT>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 30 de abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:282. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2387269>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 16 de março de 2023, ECLI:EU:C:2023:216. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Diretiva%2B93%252F13%252FCEE%2Bcl%25C3%25A1usulas%2Babusivas%2Bintegra%25C3%25A7%25C3%25A3o&docid=271338&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2395786#ctx1>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 12 de janeiro de 2023, ECLI:EU:C:2023:14, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=269150&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2402800>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 25 de novembro de 2020, ECLI:EU:C:2020:954. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=LST&pageIndex=0&docid=234326&part=1&doclang=PT&text=&occ=first&cid=2406767>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 12 de outubro de 2023, ECLI:EU:C:2023:774, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Diretiva%2B93%252F13%252FCEE%2Bcl%25C3%25A1usulas%2Babusivas&docid=278518&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2395786#ctx1>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA - Acórdão de 3 de outubro de 2019 ECLI:EU:C:2019:819. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218625&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2888080>.

Jurisprudência Portuguesa

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão de 22 de novembro de 2012, de relatoria de Távora Vítor (Processo nº 3309/07.9TVLSB.L1.S1).

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão de 21 de março de 2013, de relatoria de Granja da Fonseca (Processo nº 637/1999.L1.S1).

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2016, de 13 de novembro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão de 04 de novembro de 2021, de relatoria de Jorge Dias (Processo nº 17431/19.5T8LSB.L1.S1).

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão de 28 de setembro de 2023, de relatoria de António Barateiro Martins (Processo nº 49/11.8TVLSB.L1.L1.S2).

TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE LISBOA - Acórdão de 11 de dezembro de 2018, de relatoria de Eduardo Petersen Silva (Processo de n.º 24435/16.8TSNT.L1-6).

Jurisprudência brasileira

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp n. 1.903.416/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 13/4/2021

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp n. 2.039.253/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 23/3/2023