



## DEBATE SOBRE O TEMA: “CLÁUSULA PURAMENTE POTESTATIVA”

*Professor Mestre Roberto Nussinkis Mac Cracken*

*Professor da Faculdade de Direito - UPM*

### INTRODUÇÃO

Na forma de modesta e despretensiosa contribuição, fruto do empenho e da vontade de colaborar e visando antes estimular a discussão, ofereço ao exame e reflexão da comunidade jurídica Acórdão da Colenda 24<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual fui Relator, no qual a matéria decidida acolhe a tese de que nos contratos de crédito imobiliário regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, é impossível, juridicamente, a cobrança de “saldo residual”, unilateralmente fixado pelo credor, após o integral pagamento de todas as prestações contratualmente previstas, sendo nulas de pleno direito as cláusulas que assim disponham.

Embora seja decisão judicial, voltada, assim, para caso concreto, os estudos e reflexões do que resultaram seus fundamentos acabaram por gerar construção de matéria doutrinária, creio que interessante, porquanto enfrenta o tema das cláusulas eventualmente abusivas, fixando que é indispensável ao devedor o conhecimento pleno do total a pagar, com e sem financiamento, demonstrando ser direito indiscutível do

consumidor, do comprador, do contratante, enfim, a visão completa do negócio jurídico celebrado. Tendo, assim, a consciência e ciência perfeita e completa do ato e suas conseqüências e implicações, para, no exercício da liberdade contratual optar pelo que melhor lhe convier aos interesses, nisto estando as raízes da instituição da função social do contrato, consagrada pelo Código Civil vigente, juntamente com o justo equilíbrio contratual.

Desta forma, submeto à crítica de quem o ler, e sobre o tema medite, no que penso ser efetivamente distribuir a justiça, fazendo prevalecer os institutos fundamentais da ordem jurídica na sua inteireza.

Também pretendo, modestamente, que o presente funcione como singela contribuição doutrinária, reflexão que incorpora e resgata a experiência e a vivência de vida jurídica, como advogado, professor e, atualmente, magistrado.

É com este espírito, e na forma de modesta e despretensiosa contribuição, que ofereço o estudo que resultou no Acórdão adiante transcrito, na sua forma original, até para preservar integralmente o raciocínio jurídico desenvolvido.

**DECLARATÓRIA - CONTRATO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH) - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSSIBILIDADE.** A repetição do indébito não é cabível em face de se ter um contrato firmado, no qual, expressamente, em sua primeira parte consta o preço do bem, montante de encargos, acréscimos previstos, número certo e periodicidade de prestações. Os pagamentos das prestações contratadas foram

realizados na forma estabelecida, com suas características próprias, não tendo sido registrado, durante o curso do cumprimento das referidas prestações, ao menos pelo que consta dos autos, qualquer forma de reclamação, protesto ou ressalva. Recurso não provido para esse fim.

**DECLARATÓRIA - CONTRATO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH) - PAGAMENTO DE TODAS AS PARCELAS CONTRATADAS - COBRANÇA DE SALDO RESIDUAL - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA PURAMENTE POTESTATIVA - ILICITUDE DE CLÁUSULA DESSA NATUREZA - QUITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO - CONHECIMENTO.** Nos contratos de crédito imobiliário regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, devem ser entendidas como nulas de pleno direito as cláusulas que, após o pagamento de todas as prestações previstas no contrato, deleguem ao credor, unilateralmente, o livre arbítrio de cobrar saldo devedor residual. Verifica-se, no caso em tela, que os apelantes realizaram os pagamentos das 192 parcelas de seu contrato, na forma estipulada no respectivo instrumento, sendo que, após o integral pagamento das referidas parcelas, ao longo de 16 anos, o Banco apelado alega a existência de saldo residual. Cuida-se de cláusula puramente potestativa que deixa, praticamente, ao livre e puro arbítrio de uma das partes a eficácia do contrato. Trata-se, na verdade, de cláusula, pela sua natureza, rechaçada pelo direito pátrio, nula de

pleno direito. Ademais, em razão do pagamento de todas as 192 parcelas, nas datas aprazadas e nas condições contratualmente estipuladas, sem que tal fato tenha sido impugnado pelo Banco apelado, é de rigor declarar a quitação do contrato, bem como a nulidade da cláusula e parágrafos que determinam a cobrança de saldo devedor residual, em razão de sua natureza puramente potestativa. Recurso provido para esse fim.

Irresignados com a r. sentença de fls. ...que julgou improcedente “ação declaratória de extinção contratual e quitação de obrigação c/c repetição de indébito”, com pedido liminar, recorrem os apelantes pleiteando, em suma, a reforma do r. decisório de fls. para que seja declarada quitada a obrigação contratada em face do apelado e, conseqüentemente, extinto o contrato de crédito imobiliário denominado instrumento particular de venda e compra, com garantia hipotecária, cessão e outras avenças, contrato n° ....., firmado em 09 de dezembro de 1988 e aditivo n° ....., ambos com vencimento em 09 de dezembro de 2004 e condenando, ainda, o mesmo apelado em restituir a favor dos apelantes os valores pagos a maior no total de R\$ 70.019,43, devidamente corrigido e atualizado a partir da data da citação. Pleiteiam, ainda, alternativamente, em não sendo acolhido o pedido de devolução dos valores pagos a maior, seja determinado o retorno dos autos ao R. Juízo de Primeira Instância para que se proceda o exame contábil pericial, no intuito de ser apurado efetivamente os valores pagos a maior.

O Banco apelado, em síntese, nas suas contra-razões, pugna pela manutenção da r. sentença guerreada.

Recurso regularmente processado.

## **Em síntese, é o relatório.**

A princípio cabe registrar que são admissíveis ações declaratórias visando obter certeza quanto à exata interpretação de cláusulas contratuais, nos termos da Súmula 181 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Destacando-se que, na verdade, no caso, se está diante de ação que, conforme a seguir será decidido, visa a simples e efetiva interpretação de cláusulas contratuais.

De plano, consigne-se que não merece acolhimento o pedido apresentado pelo apelante visando a devolução dos autos à Primeira Instância a fim de que se proceda exame pericial contábil, pois cabe ao Julgador, de forma discricionária, analisar os autos e os atos praticados, inclusive, verificando as provas produzidas e, se for o caso, **em razão de sua convicção íntima, determinar ou dispensar a produção de outras provas.**

**Vale registrar que o julgador “não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (art. 436 do CPC).**

**No mais, a questão trazida à baila, não necessita de outras provas a serem produzidas, satisfazendo-se com aquelas carreadas aos autos, pois se denota que o feito tem por objeto de matéria de cunho meramente interpretativo.**

Deve ser registrado, por ser de rigor, “in casu”, que os apelantes (fls. ..) informaram que não tinham provas complementares a serem produzidas e o Banco apelado (fls. ..), também, comunicou ao MM Juízo recorrido que não tinha provas a produzir.

Assim, na verdade, as partes, expressamente, entenderam como suficientes as provas já existentes nos autos, não tendo o que se falar, nesta fase recursal, de devolução dos autos ao MM Juízo a “a quo” para que se proceda exame contábil pericial.

Na realidade, as partes, objetivamente, se deram por satisfeitas com as provas produzidas nos autos, conforme as manifestações acima retratadas. Desta forma, salvo entendimento diverso do Julgador em razão de efetiva necessidade, o que não ocorre na espécie, é de rigor o impedimento de realização de ato processual que advém da prática de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se pretende realizar.

Destaque-se que, ainda que tal pleito não tenha sido deduzido na forma de preliminar, o mesmo merece a adequada análise e pelo apreciado a sua rejeição.

Assim, desta forma, afasta-se o pleito alternativo deduzido pelos apelantes de devolução dos presentes autos ao MM Juízo recorrido para a produção de exame contábil pericial.

No mais, o recurso deduzido pelos apelantes merece parcial provimento, para declarar quitado o contrato em apreço.

a) **Da Impossibilidade da Repetição do Indébito.**

Cuida-se de contrato de crédito imobiliário denominado instrumento particular de venda e compra, com garantia hipotecária, cessão e outras avenças, contrato n° ....., firmado em 09 de dezembro de 1988, e aditivo n° ....., ambos com vencimento em 09 de dezembro de 2004. Todas as parcelas avençadas foram pagas, inexistindo, neste sentido, qualquer impugnação do Banco apelado.

A discussão cinge-se, especificamente, à quitação do contrato, em face das parcelas pagas e devolução de valores pagos a maior.

A repetição do indébito não é cabível em face de se ter um contrato firmado, no qual, expressamente, em sua primeira parte consta o preço do bem, montante de encargos, acréscimos previstos, número certo e periodicidade de prestações.

Destaque-se que, nos presentes autos, até pela inexistência de prova pericial, o que foi aceito tanto pelos apelantes, como pelo Banco apelado (vide fls. .... e .....), não se apurou, pericialmente, a pretensão deduzida referente à repetição do indébito.

O Professor Nelson Nery Junior e a Professora Rosa Maria de Andrade Nery, *in* “Código Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pág. 521, em referência ao artigo 877 do Novo Código Civil, deixam claro que:

*“Erro. Ausência de prova. Pagamento indevido não caracterizado. O CC/1916 965 [CC877] sujeita a repetição, nos pagamentos efetuados voluntariamente, à prova da existência do erro que incidiu o solvens. A análise desse artigo circunscreve-se a dois pontos: a) o do pagamento involuntário do indevido; b) o da necessidade da prova do erro do solvens, em caso de pagamento voluntário. Nada existe nos autos que permita inferir que o autor tenha sido induzido em erro substancial e tampouco há prova de constrangimento hábil que o fizesse oferecer os pagamentos; pagou os locativos e encargos na forma ajustada, sem prova de que o tenha feito sob protesto ou*

*ressalva, refletindo tal conduta ato de mera liberalidade (2º TACivSP, Ap 525191-00/8, rel. Juiz Renato Sartorelli, v.u.)”.*

No caso dos pagamentos efetuados, referentes às 192 (cento e noventa e duas) prestações, não consta que tenha ocorrido qualquer constrangimento para o cumprimento das referidas parcelas. Os pagamentos das prestações contratadas foram realizados na forma estabelecida, com suas características próprias, não tendo sido registrado, durante o curso do cumprimento das referidas prestações, ao menos pelo que consta dos autos, qualquer forma de reclamação, protesto ou ressalva.

O livro “Comentários ao Código Civil”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, sob a Coordenação Carlos Eduardo Nicoletti Camillo e Outros, quando cuida da parte referente ao pagamento indevido, em comentários de Glauber Moreno Talavera, pág. 707, destaca que:

*“A redação deste artigo manteve incólume a redação original do projeto primitivo elaborado pela Comissão presidida pelo Prof. Miguel Reale, vez que não houve nenhuma proposição de alteração apresentada nem pelo Senado Federal nem pela Câmara dos Deputados durante todo o período de tramitação do Projeto por essas Casas Legislativas.*

*Disposição de mesma natureza e inteligência havia no art. 1106, do Projeto primitivo, de Clóvis Beviláqua. Dispositivo nesse mesmo sentido já havia, também, no Digesto Romano 12.6.1.1.*

*Essa disposição corrobora a regra geral da prova em direito, elucidando que ao solvens é dado provar que pagou, por erro, algo que em verdade é indevido e, ato contínuo, o legitima a requer a devolução do quantum utilizado para efetuar o pagamento indevido. O erro, portanto, legitima o solvens a repetir o indébito, consoante já era asseverado no Digesto: Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem repetere potest.*

.....  
.....

*Não obstante, se o solvens pagou voluntariamente o que sabia indevido não poderá repetir, vez que o seu gesto haverá de ser interpretado como liberalidade, consoante já era asseverado no Direito Romano pela fórmula clássica si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.”*

No caso em tela, ao menos pelo que consta nos autos, não está caracterizado, de forma própria, eventual erro praticado e nem há prova suficiente e convincente para considerar que o pagamento das parcelas ocorreu de maneira não voluntária, devendo, se excesso houve, na cobrança das referidas parcelas, ser caracterizado como ato de mera liberalidade.

O Douto e Saudoso Professor Washington de Barros Monteiro, *in* “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª Parte”, Editora Saraiva, volume 5, 2003, São Paulo, 34ª edição, revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, pág. 435, com perfeição, deixa claro que:

*“Em seguida, no art. 877, dispõe o Código Civil de 2002: “Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”. Sempre ligado à doutrina romana, a lei civil pátria sujeita a repetição, nos pagamentos efetuados voluntariamente, à prova da existência do erro em que incidiu o solvens.*

*Sem prova desse erro, leve ou grosseiro, a produzir-se por quem paga, não se restitui o pagamento. Aquele que deliberadamente satisfaz o que não se sabe devido efetua apenas uma liberalidade. Realizando-a, não pode ser admitido a reconsiderar sua decisão, tomada livremente e com pleno conhecimento de causa. Inexistindo assim erro, mas ato refletido e consciente, eliminado fica o direito à repetição.”*

Pela leitura atenta dos autos, percebe-se, com tranqüilidade, que durante todo o período do cumprimento das prestações fixadas, estas foram atendidas de forma espontânea, sem a percepção de qualquer espécie de erro. Ocorreu a evidente vontade de satisfazer a obrigação na exata forma estabelecida, no tocante às prestações estipuladas.

Mais ainda, no “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Editora Forense Universitária, 7ª edição, 2001, Rio de Janeiro/São Paulo, pág. 347, quando se discorre sobre o artigo 42, parágrafo único do Código do Consumidor, resta firme que:

*“A pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por dois limites objetivos. Em primeiro lugar, sua aplicação só é possível nos casos de cobrança extrajudicial. Em segundo lugar, a cobrança tem que ter origem uma dívida de*

*consumo. Sem que estejam preenchidos esses dois requisitos, aplica-se o sistema geral do Código Civil”.*

Portanto, para a espécie, deve ser aplicado o sistema vigente no Código Civil, tornando-se, conforme já explicitado, inviável a devolução do valor pretendido.

Desta forma, considerando a situação de fato retratada e os fundamentos expendidos, não pode ser acolhido o pleito de repetição do indébito, pois não preenchidos os requisitos essenciais e indispensáveis para a sua concessão.

## **b) Da Quitação do Contrato**

Entretanto, a quitação do contrato, em face do pagamento de todas as parcelas estipuladas, é de rigor.

No tocante à quitação, esta não está sendo oferecida, apesar do cumprimento de todas as prestações avençadas, em razão da existência, segundo o Banco apelado, do denominado saldo residual.

O saldo residual, no contrato em apreço, está estipulado, para o caso específico, na cláusula 21<sup>a</sup> da referida avença, retratada nos seguintes termos:

*“Do saldo devedor residual: - Se, atingido o término do prazo contratual e uma vez pagas todas as prestações, o financiamento concedido permanecer com saldo devedor, seu pagamento será feito pelo responsável indicado no item 8 do Quadro Resumo deste instrumento, nos termos da legislação em vigor, observadas as condições dos parágrafos desta cláusula.*

Parágrafo Primeiro.....

Parágrafo Segundo: - Existindo saldo devedor no final do prazo estabelecido neste contrato e sendo ele de responsabilidade do (a,s) Comprador (a,es,s), conforme indicado no item 8 do Quadro Resumo, sua liquidação será feita pelo (a,s) Comprador (a,es,s), mediante concessão de um novo financiamento, com as mesmas condições do financiamento ora contratado, ressalvado o prazo máximo que será limitado a até 50% (cinquenta por cento) do prazo de amortização constante no item 5 do Quadro Resumo, bem como a remuneração máxima efetiva da credora neste contrato.

Parágrafo Terceiro: - Se no final do prazo de amortização do saldo devedor residual, com o pagamento da última prestação de amortização, ainda existir saldo devedor, este deverá ser liquidado pelo (a,s) Comprador (a, es,s), de uma só vez, na data do vencimento do novo financiamento concedido para liquidação do saldo devedor residual do financiamento ora contratado.

Parágrafo Quarto:.....”.

De plano, tendo em vista o Código do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias a contar da sua publicação, sendo que o contrato em tela é datado de 09 de dezembro de 1988, com aditivo nº ....., firmado em 28 de dezembro de 1992, considerando que tal Diploma Legal é norma de ordem pública e que o E. Superior Tribunal de Justiça, bem como esta Nobre Corte, vêm decidindo que leis de ordem pública podem retroagir nos seus efeitos, a ponto de

interferir no ato jurídico perfeito (vide: STJ, REsp 36.515-5 – SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 29.11.1994; TJSP, Ap. 197.165-2/3, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 22.10.1992, m.v.; e, TJSP, Emb. Infr. 199.657-2, 11ª Câm. Cível, Rel. Des. Gildo dos Santos, j. em 09.02.1995), **não** resta dúvida que mencionado instrumento de contrato, aqui **sub judice**, está sob a regência do denominado Código Consumerista, inclusive, por óbvio, a cláusula contratual supra transcrita.

Ressalte-se que o Direito do Consumidor nacional está regulado na Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), a qual veio dar cumprimento ao mandamento constitucional traçado no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal. A norma de regência preceitua critérios específicos para o funcionamento dos contratos e serviços bancários, devendo, portanto, estes estarem sujeitos às normas de ordem pública e de interesse social previstas no referido Diploma Legal. Não resta dúvida do cometimento das operações bancárias ao regime jurídico do Código do Consumidor, já que se cuida de relações de consumo e os bancos, por sua vez, são prestadores de serviços.

Cabe destacar que a atividade do banco, de um modo geral, é notadamente de risco, isto porque responde pelas inadimplências e por importantes resultados positivos, motivo da destacada pujança de seus lucros. Assim, pela própria natureza dos serviços prestados pela instituição financeira, esta fica sujeita a resultados que nem sempre, obrigatoriamente, devem ser positivos.

Registre-se, no caso, a presença de cláusula abusiva, mais precisamente a acima parcialmente transcrita. Pela leitura da referida cláusula, percebe-se, sem maior esforço, que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual. Assim, em

razão da abusividade da supra referida cláusula, torna inválida a relação contratual, neste particular, pela quebra do equilíbrio entre as partes. Desta forma, há clara ofensa à ordem pública de proteção ao consumidor, base normativa de todo o Código de Defesa do Consumidor.

Deve ser registrado que a questão em tela envolve matéria de evidente ordem pública. Assim, a nulidade da cláusula abusiva no contrato de consumo não é, em nenhuma hipótese, atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada a qualquer tempo e impõe ao magistrado o dever de pronunciá-la de ofício. Como bem destacam os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *in* “Código Civil Comentado e legislação extravagante”, Editora Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo, pág. 949, claro fica que:

*“1. Ordem Pública. As normas do CDC são ex vi legis de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que dela surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. V. Nery, DC 3/51”.*

*“Na mesma obra, na pág. 988, registra-se no que diz respeito ao reconhecimento, de ofício, de cláusula contratual, o seguinte: “A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato ex officio do juiz”.*

Fica claro, também, que referida cláusula ofende o tanto o artigo 52, *caput*, bem como os seus incisos I, III, IV e V.

Vale registrar, por ser indispensável ao próprio devedor, o pleno esclarecimento do total a pagar, com e sem financiamento. O consumidor tem indiscutível direito de ter uma visão completa acerca do negócio jurídico celebrado, o que não ocorre no caso em apreço, até porque dependendo dos valores e condições, poderá optar pela compra à vista no lugar de fazer o financiamento.

Os apelantes não estão obrigados ao pagamento de qualquer resíduo até porque qualquer obrigação, para efeito de responsabilizar o devedor, deve ficar bem determinada para efetivamente obrigar o consumidor, o que não ocorre no caso em apreço.

O Banco apelado, pelo período que contratou (data de assinatura – 09.12.1998 e data do vencimento – 09.12.2004 - vide fls. ... dos presentes autos) obteve o cumprimento do contrato na forma que exigiu e, portanto, acolheu a avença na forma que foi satisfeita pelos devedores. Se eventualmente o valor pago durante o longuíssimo período, conforme exigido pelo Banco apelado, não foi suficiente este deve assumir o risco do seu próprio negócio. O Banco apelado assumiu os riscos do negócio, ou seja, isoladamente, pela sua própria natureza, deve assimilar eventuais prejuízos decorrentes da avença celebrada.

Deve ser realçado, como bem destaca o Professor Cláudio Bonatto, *in* “Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas nas Relações Contratuais de Consumo”, 2ª edição, Porto Alegre, 2004, Livraria do Advogado Editora, págs. 76 e 77, com plena objetividade, que:

*“É nula de pleno direito a cláusula que outorgue ao fornecedor o privilégio de alterar unilateralmente o preço do produto ou serviço, seja de forma direta, ou de maneira indireta, nas relações contratuais de consumo, segundo expressa disposição do artigo 51, inciso X, do CDC.*

*Tal vedação tem como escopo a manutenção da harmonia e equilíbrio que deve nortear toda a relação de consumo, segundo princípios insculpidos no artigo 4º, inciso III, do CDC, bem como assegurar a igualdade na contratação, a qual é direito básico do consumidor, conforme dispõe o artigo 6º, inciso II, do CDC.*

*Aliás, o Código Civil/2002, estatuto que regula entre iguais, não profissionais (no Livro I) e iguais, profissionais ou empresários (no Livro II), é taxativo no sentido de que é nulo o contrato de compra e venda, no qual se deixa ao arbítrio de uma das partes a fixação do preço (artigo 489). Desse modo, plenamente coerente com a teleologia do Estatuto Protetivo a proibição da variação unilateral do preço do produto ou do serviço, visto que, em um País cujos usos e costumes empresariais apontam no sentido de indexação dos débitos futuros, em razão da expectativa de inflação, a norma estatuída no artigo 51, inciso X, do CDC, tem o grande mérito de expungir as cláusulas contratuais que permitem ao fornecedor escolher entre os índices de correção oficial, sempre o de maior variação, eis que aquela escolha unilateral desequilibra as prestações contratuais, ferindo, em conseqüência, as finalidades do Código de Defesa do Consumidor”.*

No tocante à aplicabilidade do princípio da função social do contrato, sob o enfoque do direito intertemporal, Mariana Ribeiro Santiago, in “O Princípio da Função Social do Contrato”, Juruá Editora, Curitiba, 2005, pág. 132, registra:

*“De fato, a existência entre nós do princípio da função social do contrato é uma decorrência da transformação do Estado liberal em Estado social, que resultou no princípio da socialidade, já expresso, inclusive, na Constituição Federal, que trata desde 1988 do valor social da livre-iniciativa e da função social da propriedade, dos quais dimana naturalmente a função social do contrato, embora a Constituição não tenha utilizado especificamente esta expressão.*

*Assim sendo, acreditamos ser recomendável admitir-se a aplicação do princípio da função social dos contratos aos pactos celebrados anteriormente à vigência do Código de 2002, mas sob a égide do Estado social e do princípio da socialidade”.*

Vale ressaltar, que o contrato em tela (vide fls. ... dos autos), foi assinado em 08 de dezembro de 1988, portanto, em data posterior à Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 05 de outubro de 1.988.

O Banco apelado, pelo que se deflui do contrato em tela e mais especificamente da cláusula em apreço, não prestou prévias e adequadas informações, de forma completa, sobre o preço total do contrato, os acréscimos legalmente previstos, o número e a periodicidade das prestações e a soma total a pagar do financiamento, tanto que, mesmo depois de cumprido o prazo

avençado, em razão de cláusula puramente potestativa, totalmente incerta e unilateral, começou a fazer novas exigências impróprias aos seus clientes (vide: fls. .... e ....), sem que tais obrigações, nos termos do diploma consumerista, estivessem expressamente previstas em contrato.

Na espécie, em face da cláusula acima transcrita, não se trata do mesmo negócio jurídico que já foi celebrado entre as partes, mas de cláusula prevendo a futura conclusão de outro negócio jurídico, totalmente incerto e sem qualquer mensuração, violando princípios mais comezinhos do Código Consumerista.

Entretanto, a questão não cessa por aí. A cláusula em questão, além de não atender os preceitos do Código do Consumidor, ofende o Código Civil Brasileiro, tanto o de 1916 como o de 2002.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, *in* “O contrato e sua função social”, Rio de Janeiro, 2003, Editora Forense, pág. 18, sobre a forma de se aferir a conduta contratual, com invejável precisão, deixa claro que:

*“ao aferir a licitude, ou não de uma conduta contratual, o juiz tem que, primeiramente, fixar tal padrão, buscando-o no meio social (usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem). Em seguida, procederá o cotejo entre o padrão ético já delineado e o caso concreto submetido a seu julgamento”.*

Assim, com certeza, deve o magistrado sempre proceder à verificação da existência de qualquer mácula no contrato referente à violação de sua função social. Deve ser analisada a situação em que

o contrato foi efetivamente firmado. O juiz deve se valer do princípio positivado no artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) no qual, expressamente consta que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A autora Mônica Yoshizato Bierwagen, in “Princípio e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil”, 2ª edição, Editora Saraiva, 2ª edição, 2003, São Paulo, com propriedade, registra que:

*“Deve-se ter claro, assim que os contratos de adesão não são uma espécie contratual, mas mera técnica de elaboração de contrato que, em virtude da desigualdade das partes na sua formação, exige uma interpretação que supra essa deficiência. Daí o estabelecimento dessas duas regras de interpretação no novo Código Civil não esgotar toda a atividade interpretativa, devendo o aplicador combiná-las não apenas com aquelas já sedimentadas na praxis forense, mas também com as regras gerais de interpretação dos contratos, orientando-se, em qualquer caso, no sentido de alcançar a igualdade entre as partes e o justo equilíbrio contratual.”*

Na espécie, não resta dúvida, que alcançar a igualdade das partes e o justo equilíbrio contratual, no pleito específico, por todas as características do contrato de adesão em questão, é oferecer, conforme pleiteado, pelos motivos já retratados, a quitação almejada.

A já citada obra “Comentários ao Código Civil”, Editora dos Tribunais, São Paulo, 2006, sob a Coordenação Carlos Eduardo Nicoletti Camillo e Outros, quando cuida da Lei de Introdução ao

Código Civil, em comentários de Paulo Hamilton Siqueira Jr., pág. 70, precisa que:

*“O art. 5º LICC trata da interpretação jurídica. O texto indica que o juiz ao aplicar a norma deve interpretá-la, visando a descoberta dos fins sociais e as exigências do bem comum. É a interpretação sociológica e teleológica que está presente. A interpretação sociológica verifica a adaptação da lei à realidade social, ou seja, o sentido social da norma. “Entende-se, pois, por interpretação sociológica a investigação das razões sociais motivadoras da lei, de seus efeitos sociais e de seu sentido atual” . (Paulo Dourado de Gusmão, Introdução ao estudo do direito, p.219) A interpretação teleológica investiga a finalidade da norma, o que busca servir ou tutelar. É a investigação do fim ou da razão de ser da lei”.*

Quanto à cláusula puramente potestativa, claramente configurada no contrato em apreço, considerada ilícita pelo artigo 122 do Código Civil de 2002, em especial, aquelas referentes à cobrança de saldo residual, não resta dúvida de sua plena nulidade.

Há cláusula puramente potestativa quando os efeitos de um contrato ficam ao puro e livre arbítrio de uma das partes. Quanto ao tema, vale trazer à tona, os ensinamentos do Professor Carlos Roberto Gonçalves<sup>1</sup>, a saber:

*“...Potestativas são as que decorrem da vontade de uma das partes, dividindo-se em puramente potestativas e simplesmente potestativas. Somente as primeira são consideradas ilícitas pelo artigo 122 do Código Civil, que*

---

<sup>1</sup> Direito Civil – Parte Geral – Volume 1 - Editora Saraiva – 2005 – pág. 120.

*as inclui entre as condições defesas por sujeitarem todo o efeito do ato ‘a puro arbítrio de uma das partes’, sem a influência de qualquer fator externo”.*

O Professor Roberto Senise Lisboa, sobre as cláusulas puramente potestativas apresenta o seguinte entendimento:

*“Condição potestativa é a imposta pelo arbítrio das partes. A condição puramente potestativa decorre da inexistência de interferência de qualquer fator externo e, por isso, não é considerada lícita.*

*Caio Mário entende que a condição puramente potestativa põe ao arbítrio de uma das partes o próprio negócio. Anula o ato. Equipara-se a ela a indeterminação potestativa da prestação, que é nula.*

*Veda-se a condição puramente potestativa, por depender do exclusivo arbítrio das partes, e a condição perplexa, ou seja, aquela, que priva o ato de todo efeito”.*

Quanto às cláusulas dessa natureza, o E. Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte orientação:

*“O conteúdo puramente potestativo do contrato impôs a uma das partes condição, apenas e tão-somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse. Disposições como essa agridem o bom senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito positivo. Entre elas está a chamada cláusula potestativa.*

*É estipulação sem valor, porque submete a realização do ato ao inteiro arbítrio de uma das partes”.*<sup>2</sup>

A condição ou cláusula puramente potestativa, como dito acima, é considerada ilícita, conforme artigo 122 do Código Civil de 2002, bem como é inválido o negócio jurídico a que lhe é subordinada, conforme preceitua o artigo 123, inciso II do mesmo Diploma Legal.

Portanto, as cláusulas contidas no contrato que determinam a cobrança do saldo residual, como *in casu*, devem ser rechaçadas, pois de natureza puramente potestativas, deixando ao puro e livre arbítrio do Banco apelado o poder de determinar os seus efeitos, em especial, a cobrança de valores inócuos e incongruentes, que, diga-se de passagem, não podem ser considerados como legítimos, pois desvirtuam o negócio jurídico outrora celebrado.

Ademais, pelo Código de 1916, as cláusulas ou condições dessa natureza já eram vedadas, conforme se extrai do seu artigo 115. Portanto, desde a celebração do contrato em discussão, que, à época, encontrava-se sob a égide do Código Civil de 1916, tais cláusulas eram consideradas ilícitas e repudiadas pelo direito pátrio.

Vale trazer à baila, como forma de esclarecimento e configuração da ilicitude da cláusula puramente potestativa sob a égide do antigo Código Civil, entendimento proferido pelo Saudoso Mestre Silvio Rodrigues, em obra editada em 1980, cuja coleção é doutamente consagrada até os dias atuais: “...

*Nem todas as cláusulas potestativas são ilícitas. Só o são as puramente potestativas, isto é, aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das*

---

<sup>2</sup> STJ – 3ª Turma – REsp 291.631-SP – Rel. Min. Castro Filho, v.u., j. 4.10.2001, DJU 15.4.2002.

*partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula si voluero, ou seja, se me aprouver....”*

O festejado professor Caio Mario da Silva Pereira<sup>3</sup>, com a maestria que lhe era peculiar, sobre o tema, traçou os exatos termos abaixo transcritos, a saber:

*“A lei destaca (Código Civil, art. 115, segundo membro; Anteprojeto de código de Obrigações, art. 27), de entre as condições que invalidam o ato aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestativa pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: ‘o si volam’, ou ‘si volueris’, dos exemplos clássicos (“dar-te-ei 100 se eu quiser” ou “dar-me-ás 100 se quiseres”), é uma cláusula que nega o próprio ato. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, dès que fique o ato na dependência de lhe atribuir ou não o interessado qualquer eficácia.*

*Tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa pura, a indeterminação potestativa da prestação, por ver que, neste caso, a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimativa da ‘res debita’, equivalendo nos seus efeitos ao ‘si volam’. Ao inquirar a lei de nulidade o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaçoão do preço (Código Civil, artigo 1.125; Anteprojeto de código de*

---

<sup>3</sup> Instituições de Direito Civil – Volume 1 – 10ª edição – Introdução ao Direito Civil/Teoria Geral de Direito Civil – Editora Forense – 1987 – págs. 397/398.

*Obrigações, art. 373), está coibindo uma declaração de vontade, que é espécie de gênero “condição potestativa pura”, pois dizer o agente que paga ‘quantum volam’ é apenas a especificidade do ‘si volam’. Na verdade, “pagarei quanto quiser”, é o mesmo que “pagarei se quiser”, pois o arbítrio do devedor poderá restringir a soma devida a proporções tão irrisórias que a solução da obrigação ficaria no limite do quase nada (“sestertio nummo uno”). (o grifo não está no original).*

Ademais, como bem se sabe, **não** se admite a aplicabilidade da denominada **cláusula perpétua**. Basta a simples leitura da cláusula acima transcrita para se perceber, com clareza, por parte do contratante Banco, já que se trata de contrato de adesão, a tentativa de perpetuar, ao menos por um destacado prazo, visto como desproporcional, o pagamento de valor incerto, no momento da contratação, estabelecendo de forma unilateral o *quantum* que entende como devido, em momento muito posterior ao da contratação, o que, somente, efetivamente, ocorreu após os apelantes cumprirem todas as 192 (cento e noventa e duas) parcelas.

O sempre brilhante Álvaro Villaça Azevedo, em destacada manifestação, *in* “Contratos Inominados ou Atípicos”, Livraria e Editora Jurídica José Bushatsky Ltda., São Paulo, 1975, págs. 186/188, sobre a limitação da liberdade de contratar, com irretocável precisão, deixa claro que:

*“O papel do legislador se assemelha ao do julgador; ambos devem sentir os reclamos da sociedade, o primeiro para ditar-lhe suas normas de conduta, o segundo para aplicá-las na solução dos casos concretos.*

*Entretanto, quando a lei não regulamenta o fato, ou o faz inadequadamente, cabe ao juiz a árdua tarefa de buscar o sentido de Justiça para solver a pendência, de tal sorte que sua decisão faça retornar o equilíbrio à relação jurídica lesada.*

*Se a lei não estabelecer em seu texto um freio, no capítulo da liberdade contratual, o contrato será um meio de verdadeira opressão entre os homens, restando ao Judiciário um controle quase impossível, de difícil realização.*

*Tudo porque, nessa liberdade os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte, economicamente, reduzirá, na avença, a área do direito do mais fraco, que resta sem proteção jurídica no momento em que o contrato surge.*

*Depois de realizado o pacto, de ocorrida a lesão, por falta de limitação dessa liberdade na lei, não há mais que falar-se em remédio. A reparação é custosa e não pode repor certos valores destruídos.*

*Se é verdade que todos devem ser livres para contratar, o mesmo não ocorre quanto à liberdade contratual, considerada como a possibilidade de livre disposição de seus interesses pelas partes. Estas devem, sem peias, regular esses interesses, clausulando-os, sem colisão de direitos. O direito de um vai até onde se inicia o do próximo.*

*No pedestal, em que se deve colocar a pessoa humana, há que quedar-se a liberdade, para que aquela*

seja mais considerada do que esta, para que esta possibilite um meio normal de vivência daquela, para que, enfim, seja a liberdade escrava do homem e não para escravizá-lo.” (os grifos não constam do original).

O Professor Arnaldo Wald, in “A evolução do contrato no terceiro milênio e no novo Código Civil”, citado pelo Prof. Humberto Theodoro Júnior, na sua festejada obra “O Contrato e sua Função Social”, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2004, pág. 137/138, registra que:

*“Se o direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista, que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em vista tanto valores éticos, quanto as realidades econômicas e sociais.”*

Além do mais, no caso, o bem objeto do financiamento é o apartamento nº ..., localizado no ... andar do Edifício ....., situado na Rua ....., nº ....., na Cidade, Distrito, Município e Comarca de ....., Estado de ....., possuindo a área privativa de 58,3900 metros quadrados e área comum de 43,1721 metros quadrados, composto de dois dormitórios, sala de estar, cozinha, banheiro e lavanderia, área e hall de distribuição, possuindo, ainda, o direito ao uso de uma vaga indeterminada.

Apartamento típico de classe média, pago durante 192 (cento e noventa e dois meses) ou 16 (dezesesseis) anos, conforme exigido pelo credor e no valor por este indicado.

Os adquirentes, como *in casu*, não podem ser obrigados a se subordinar às cláusulas com características de perpetuidade e nem puramente potestativas. O Magistrado, a luz de tais fatos, pode atuar e deve trazer o indispensável equilíbrio ao contrato, como na espécie, reconhecendo a quitação almejada.

O Professor Roberto Senise Lisboa, *in* “Manual de Direito Civil – Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies”, vol. III, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, com o habitual precisão sobre a questão do vulnerável e hipossuficiente, pág. 134, destaca que:

*“No pensamento pós-modernista, as cláusulas gerais de contratação permitem uma flexibilização maior do julgador, porque elas podem ser aplicadas de modo mais justo e eficiente, ao se possibilitar que o juiz possa, ao analisar o caso concreto que lhe é submetido, se valer dos princípios gerais de contratação sem a limitação de sua atuação à incidência lógico-sistemática de uma determinada norma jurídica. A interpretação judicial da norma contratual continuará se fundamentando numa ótica teleológica, sem que se possa olvidar da interpretação lógico-sistemática possível. Todavia, o juiz não estará limitado à estrutura da lei, podendo se valer da utilização dos princípios inerentes ao sistema jurídico do qual ele vem a se utilizar para decidir o caso.*

*Combate-se a desproporção e busca-se o equilíbrio jurídico das relações contratuais, o que abrange a possibilidade de*

*se obter extrajudicial e, em especial, judicialmente, a chamada revisão dos contratos”.*

Assim, interpretar um negócio jurídico é determinar o sentido e o alcance com que deve vigorar o conteúdo negocial, as diversas cláusulas que consubstanciam esse conteúdo, quer consideradas individualmente, quer consideradas no todo em que se integram. A averiguação do conteúdo decisivo do negócio, o sentido com que afinal há de vincular os contraentes, é que constitui o escopo de toda a atividade interpretativa nos negócios jurídicos (vide: Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *in* “Teoria Geral do Negócio Jurídico”, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1991, pág. 135).

No caso, na cláusula em questão, claro está que se em razão do financiamento concedido permanecer com saldo devedor, pelo que se depreende, a critério exclusivo do credor, o seu pagamento será imputado aos devedores. Na realidade, quem elege, a seu exclusivo critério, o valor dito ainda como devido é o credor, sem nenhuma participação dos devedores, aliás o que já foi feito (vide docs. fls. .... e ....) o que caracteriza, evidentemente, a cláusula puramente potestativa.

O artigo 489 do Novo Código Civil, que veio em substituição ao artigo 1.125 do Código Civil de 1916, com redação bastante semelhante ao atual, deixa claro em seu texto que: “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.” No caso em tela, não resta dúvida, que a fixação do valor residual que se pretende cobrar, pela própria leitura da cláusula que impõe a obrigação, deixou, para indicação deste valor, o arbítrio exclusivo do Banco apelado para a fixação do preço.

O Professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, in “Curso Avançado de Direito Civil”, volume 3, Editora Revista dos Tribunais, 2002, São Paulo, pág. 134, deixa claro que:

*“O que não pode ocorrer é a estipulação do preço ficar a critério exclusivo de uma das partes (art. 1.125 do CC; art. 489 do Novo Código Civil). Tal cláusula implicará na invalidação do contrato por configurar cláusula potestativa apta a causar prejuízo a outra.”*

O Mestre Orlando Gomes, em sua consagrada obra “Contratos”, 12ª edição, Editora Forense, 1990, pág. 254, Rio de Janeiro, discorrendo sobre o preço no contrato de compra e venda, destaca:

*“Em nenhuma circunstância pode ficar ao arbítrio de um dos contratantes.*

*Violada esta proibição, o contrato será nulo,...”*

O art. 1125 do Código Civil de 1916 já indicava, objetivamente, que “nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaço do preço”. Esse dispositivo tem por fim, como reconhece a doutrina clássica, evitar que a parte, a quem fosse cometido o arbítrio, fixasse exagerada ou irrisoriamente o preço, ao seu benefício em detrimento do outro contratante.

O festejado Professor Antonio Junqueira de Azevedo, in “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia”, Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2002, pág. 45, sobre a questão em apreço, deixa claro que:

*“Isso, dito por duas palavras, significa que: a) o preço é elemento categorial inderrogável do contrato de compra e venda; b) antigamente, eram requisitos desse elemento o ser certo, justo e verdadeiro; hoje, porém, quanto à certeza, contenta-se o ordenamento que o preço seja determinável; c) todavia, não é possível que a determinação seja deixada ao arbítrio exclusivo de uma das partes.”*

A própria cláusula contratual em apreço diz que atingido o término do prazo contratual e uma vez pagas todas as prestações, se o financiamento concedido permanecer com saldo devedor, seu pagamento será feito pelo responsável, no caso os apelantes, nos termos da legislação em vigor, sua liquidação será feita pelos compradores, mediante concessão de um novo financiamento, com as mesmas condições do financiamento ora contratado, ressalvado o prazo máximo que será limitado a até 50% (cinquenta por cento) do prazo de amortização, ou seja, no caso, em 96 (noventa e seis) parcelas, bem como a remuneração máxima efetiva da credora estabelecida no mencionado contrato.

Claro está, portanto, que quem estabelece o valor do saldo devedor dito residual, unilateralmente, aliás, como já estabelecido (vide fls. .... e .... dos autos), sem nenhuma participação direta dos apelantes, é o Banco apelado.

E, mais ainda, por absurdo que possa parecer, na referida cláusula consta que se no final do prazo de amortização do saldo devedor residual, ou seja, mesmo depois do pagamento das 192 + 96 prestações, por melhor dizer, ao longo de 24 anos, ainda existir saldo devedor, a exclusivo critério do Banco apelado, este deverá ser liquidado pelos compradores, obviamente por novo valor a ser arbitrado unilateralmente pelo credor, de uma só vez, na data do

vencimento do novo financiamento concedido, isto é após os 24 anos de pagamento do saldo devedor residual apurado, insista-se, arbitrado exclusivamente pelo credor.

Portanto, como decorrência lógica do quanto acima explicitado, estar-se-ia, na realidade, diante de cláusulas, sucessivamente, **puramente potestativas**, o que, com certeza, frente ao regramento pátrio, é inadmissível. Destaque-se que o Código Civil de 2002 introduz, com precisão, a concepção do abuso do direito ao dispor o art. 187 que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Alberto Gosson Jorge Junior, *in* “Cláusulas Gerais do Novo Código Civil”, Editora Saraiva, 2004, São Paulo, pág. 86, com extrema felicidade, ressalta que:

*“Em assim sendo, basta que o sujeito do direito exceda qualquer um dos elementos contidos na norma, seja o fim econômico, o social, a boa-fé e os bons costumes, para que esteja configurado o abuso de direito e a conseqüente ilicitude do ato-fato perpetrado.”*

E, nas págs 84/85, com perfeição, continua, na mesma obra o referido autor, a saber:

*“O art. 422, sintonizado com o art. 113 – “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”-, deverá constituir-se em poderosa ferramenta para que o intérprete e os profissionais do direito possam determinar intervenções – seja propondo ou declarando a nulidade dos negócios*

*jurídicos, seja simplesmente alterando cláusulas abusivas com a preservação do negócio -, quando, constatado vício ou desequilíbrio decorrente de desvio ético no comportamento de qualquer das partes.”* (o grifo não consta do original)

O Professor Arnaldo Wald, in “Direito Civil – Introdução e Parte Geral”, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, 10ª edição, pág. 193, com precisão, deixa claro que:

*“São potestativas as condições que dependem da vontade do agente. Distinguem-se, na matéria, as condições puramente potestativas, que ficam ao exclusivo arbítrio de uma das contratantes e privam de todo o efeito o ato jurídico, das demais condições potestativas, em que se exige da parte um certo esforço, ou determinado trabalho. Viciam o ato as primeiras, citando-se como exemplo de condições puramente potestativas as seguintes: se a parte quiser, se pedir, se desejar, etc.”*

No caso em apreço, pelo referente ao saldo devedor residual, fica claro, pela leitura da cláusula em questão, que quem decide unilateralmente da existência ou não de tal saldo é o Banco apelado, inclusive a sua dimensão, sem nenhuma participação dos apelantes. Tanto é verdade que, após o cumprimento das 192 (cento e noventa e duas) parcelas devidas, novo valor devido, unilateralmente, foi indicado pelo Banco apelado.

Na já mencionada obra “Comentários ao Código Civil”, Editora dos Tribunais, São Paulo, 2006, sob a Coordenação de Carlos Eduardo Nicoletti Camillo e Outros, quando cuida das várias espécies de contrato, em especial da compra e venda, em

comentários de Cássio Galiza e Luiz Antonio Scavone Jr., pág. 497, precisa que:

*“A condição puramente potestativa (art. 122), deixando o preço ao arbítrio de uma das partes no contrato de compra e venda, anula o contrato.*

*Nesse caso, a lei menciona que o contrato é nulo, de tal sorte que incide a parêmia segundo a qual aquilo que é nulo não produz nenhum efeito.*

*Conseqüentemente, não prescreve a ação ou decai o direito de pedir o reconhecimento judicial dessa nulidade, vez que apenas se exige uma ação declaratória para tanto.”*

O Professor Ney Alves Veras, in “Revisão Judicial dos Contratos”, Editora de Direito – LED, 2005, Leme-SP, pág. 107, ressalta que:

*“A autonomia da vontade nas manifestações contratuais poderão sofrer limitações relativas à adesão a contratos pré-elaborados ou contratos tipo, em que não se discutem as cláusulas contratuais como nos contratos paritários.*

*Cláusula contratual é a estipulação ou preceito que faz parte de um acordo de vontades. A cláusula abusiva é toda aquela que oferece efetiva desvantagem a uma das partes contratantes, de forma a se caracterizar como leonina, onde o consumidor passa a ser desprestigiado pelo contrato firmado com o fornecedor de produtos e serviços, o que acarreta a sua nulidade.” (o grifo não consta do original).*

O festejado Mestre Antonio Junqueira de Azevedo, na sua tradicional obra acima mencionada “Negócio Jurídico - Existência,

Validade e Eficácia”, Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2002, págs. 124/125, bem relata que:

*“Observamos, porém, que feita a primeira verificação, isto é, a de que negócio, a final, é o que socialmente se vê como manifestação de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos, o direito, depois, assume plenos poderes e será dele, exclusivamente, que dependerão a validade e a eficácia do negócio.*

*Portanto, se, no plano da existência, é indispensável, face referência dos padrões culturais que vêm como jurídicos certos atos, o direito, nos planos subseqüentes, age soberanamente sobre o dado que lhe foi fornecido, dando, ou negando, validade e eficácia.*

*Segue-se daí que, ao ato concreto socialmente visto como dirigido à produção de efeitos jurídicos, o ordenamento jurídico normalmente atribuirá os efeitos correspondentes aos manifestados como queridos. Entretanto, é esse advérbio “normalmente” que permite ao direito exercer um controle especificamente seu sobre o negócio, fazendo, neste, correções, segundo seus próprios critérios.*

*Em síntese, o que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com ele seja visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos (é uma declaração de vontade – característica primária). Depois, o direito, acompanhando a visão social, atribui, a essa declaração, efeitos, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos (efeito constitutivo de relações*

*jurídicas – característica secundária), mas, já então, somente desde que, in concreto, haja os demais pressupostos de existência, e, ainda principalmente, os de validade e eficácia.”*

Assim, claro está, que o direito, acompanhando a visão social, conforme destaca o renomado Mestre Antonio Junqueira de Azevedo, deve atribuir, como no caso em análise, os efeitos correspondentes às manifestações de vontades, devendo existir diante do caso concreto, desde que presentes os pressupostos de validade e eficácia. Ora, na espécie, caso seja cumprido o contrato como almeja o Banco apelado, em especial no que diz respeito ao saldo residual, haverá uma importante afronta à visão social comum, não gerando a indispensável eficácia, já que ocorreu a celebração de cláusula puramente potestativa, repugnada pelo ordenamento jurídico pátrio.

O saudoso, ilustre e festejado Professor Miguel Reale, *in* “Questões de Direito Privado”, Editora Saraiva, 1997, São Paulo, pág. 05, sobre o sentido social do contrato, muito bem destaca que:

*“Para dar apenas exemplo hermenêutico in concreto, lembro que não pode ser aceita qualquer interpretação contratual que importe na inexecutabilidade da avença, quer por se admitirem condições factuais de impossível ou difícil realização, quer por se configurarem obrigações que redundariam, para uma das partes, em onerosidade excessiva, com a implícita violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo desnecessário salientar que este princípio constitui, hoje em dia, um dos elementos essenciais à validade e subsistência tanto dos pactos públicos como dos privados.*

*Se não seguirmos esse caminho, por apego à literalidade das cláusulas contratuais, estaremos violando, frontalmente, o Art. 85 do Código Civil, que constitui norma imperativa e, portanto, inderrogável, e cuja significação veio cada vez mais se enriquecendo à medida que se desenvolvia e se tornava mais viva a consciência da natureza social dos contratos. Como se vê, ficam a priori excluídas exegeses contratuais que impliquem a criação de abusivos privilégios a favor de uma ou algumas das partes, em detrimento das demais.” (o grifo não consta do original).*

Portanto, hoje, efetivamente, se busca o equilíbrio dos contratos, não podendo ser toleradas cláusulas, como a identificada na espécie, de natureza puramente potestativa.

O Mestre Arnaldo Rizzardo, in “Contratos”, volume I, Aide Editora, 1988, 1ª edição, Rio de Janeiro, pág. 307, sobre a estipulação do preço ao arbítrio exclusivo de uma das partes, registra que:

*“Não se consideram válidas as cláusulas que deixam a taxaçoão a cargo do arbítrio exclusivo de uma das partes. Se prevalecesse disposição semelhante, ficaria desfigurado o preço, posto que ao adquirente se reconheceria válida a decisão de nada pagar. A nulidade encontraria amparo no art. 115 da lei civil, e mais especificamente no art. 1125, que reza ser “nulo o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaçoão do preço”.*

*Discorre, sobre o assunto, HENRI DE PAGE: “Il faut, en d’autres termes, si le prix n’est pás fixe par le contrat, qu’il*

*existe des éléments objectifs qui permettent de le fixer. Un prix qui serait laissé à l'entière discrétion du vendeur ou de l'acheteur n'est pas un prix certain. Il n'y aurait pas vente, s'il en était ainsi, à raison de l'absence d'un des éléments essentiels du contrat, le prix.*”

O brilhante e saudoso Professor Washington de Barros Monteiro, in “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª Parte”, em obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, volume 5, Editora Saraiva, 34ª edição, 2003, São Paulo, pág. 95, sobre a nulidade do contrato de compra e venda em que o preço é fixado pelo livre arbítrio de uma das partes, deixa consagrado que:

*“Prescreve, aliás, o art. 489 do mesmo Código Civil de 2002 que “nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”. Esse dispositivo tem por fim evitar que a parte a quem fosse cometido o arbítrio fixasse exagerada ou irrisoriamente o preço, a seu benefício e em detrimento do outro contratante.”*

Mais ainda, como já mencionado, referida cláusula, sem prejuízo do comando legal emanado pelo artigo 489 do novo Código Civil (artigo 1.125 do Código Civil de 1916), deixa evidente que, existindo saldo devedor no final do prazo estabelecido neste contrato e sendo ele de responsabilidade dos devedores, por entendimento exclusivo do credor, a liquidação será feita pelos devedores, mediante concessão de um novo financiamento, com as mesmas condições do financiamento ora contratado, ressalvado o prazo máximo que será limitado a até 50% (cinquenta por cento) do prazo de amortização anteriormente contratado. Mais uma vez, também

neste particular, caracterizada a cláusula puramente potestativa quando, unilateralmente, é eleito, pelo credor, o valor que entende como devido.

Ainda referida cláusula, mais uma vez demonstrando a sua característica de puramente potestativa, deixa claro que se no final do prazo de amortização do saldo devedor residual, com o pagamento da última prestação de amortização, ainda existir saldo devedor, pelo que se depreende a critério exclusivo do credor, este deverá ser liquidado pelos devedores, de uma só vez, na data do vencimento do novo financiamento concedido para liquidação do saldo devedor residual do financiamento ora contratado.

Assim, clara está, também, a afronta, pelo acima exposto ao artigo 489 do novo Código Civil (artigo 1.125 do Código Civil de 1916), já que, na verdade, não existe, para o saldo residual, preço e prazo certos para o pleno cumprimento da avença.

Vale ressaltar, ainda, que a condição, a teor do artigo 114 do Código Civil, é a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto. A condição ilícita ocorre quando o evento previsto é defeso por disposição legal. São defesas as condições perplexas (privam o ato negocial de qualquer efeito) e puramente potestativas (o evento fica condicionado ao mero arbítrio de um dos participantes do negócio).

Por evidência, a estipulação futura de valor indiscutivelmente incerto constitui condição. Quando a ocorrência desta condição está adstrita unicamente à vontade de um dos participantes do negócio jurídico, no caso o Banco, até porque se está diante de contrato de adesão no qual cláusulas foram impostas, caracteriza-se aquela como ilícita, posto que puramente potestativa.

No caso, o evento futuro e incerto, surgiu em razão da exclusiva vontade da entidade que se diz ainda credora.

Os pretendidos pagamentos, após o cumprimento das 192 (cento e noventa e duas) parcelas, se efetiva automaticamente, independentemente de nova manifestação de vontade do mutuário do sistema habitacional. Em realidade, a nova cobrança vincula-se a ato unilateral de vontade do Banco apelado, não sendo lícito ao credor ou ao Banco atuar da forma aqui impugnada pelos apelantes.

A cláusula negocial autorizadora da condição puramente potestativa é inválida, o que gera, na espécie, a quitação do contrato em apreço.

Assim, considerando: a) a existência de cláusula puramente potestativa, configurada na espécie, em razão da existência de indevida e ilícita estipulação de cobrança de saldo devedor residual ao final do pagamento do financiamento; b) a infração aos normativos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor, em especial quanto à abusividade e à nulidade da cláusula que prevê a cobrança de saldo devedor residual; c) a ofensa ao princípio da função social do contrato, estampado no artigo 421 do Código Civil; d) a existência de cláusula que tenha a natureza de perpetuar a relação jurídica entre as partes contratantes, não permitindo, assim, a desvinculação dos apelantes da obrigação contratada, bem como impondo posturas unilaterais que dificultam a quitação do contrato; e) a inexistência de preço certo em contrato de compra e venda, em total infração aos termos do artigo 489 do Código Civil; e, em especial, f) o pagamento das 192 (cento e noventa e duas) parcelas na exata forma contratada e exigida pelo Banco apelado, é de rigor, para os fins próprios, declarar-se como quitado o contrato de crédito imobiliário materializado na forma de

instrumento particular de compra e venda, com garantia hipotecária, cessão e outras avença e seu aditivo, respectivamente, de n°s ..... e ....., para não se permitir, inclusive, a cobrança de saldo residual devedor, ante a ilicitude, em face do todo retratado, de tal procedimento.

Ante ao todo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso dos apelantes para declarar quitado o contrato em apreço, devidamente identificado nos presentes autos, declarando-se a nulidade da cláusula e parágrafos acima transcritos, que se referem à cobrança de saldo devedor residual, que de natureza puramente postestativa, deixaram, de forma unilateral, ao livre e puro arbítrio do credor produzir os efeitos do contrato em discussão.

Por fim, considerando, no caso, a existência de sucumbência recíproca, tendo em vista o disposto no artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil, cada parte arcará com a metade das custas e despesas processuais, devendo valer, para os fins próprios, a compensação entre as partes, no que diz respeito aos honorários advocatícios, nos termos da Súmula 306 do E. Superior Tribunal de Justiça.

**Roberto Mac Cracken**