

DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.015

PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A *COUR DE CASSATION VA PIANO*¹

PROTECTION DES CONSOMMATEURS CONTRE
LES CLAUSES ABUSIVES: LA COUR DE
CASSATION VA PIANO

Denis Mazeaud

Professor de Direito Privado na *Université Panthéon-Assas* (Paris 2).
E-mail: denis.mazeaud1@gmail.com.

Rafael Cândido da Silva (Tradutor)²

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor de Direito Civil na UFAM.
Procurador do Estado. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5129-9458>.
E-mail: rafaelcand@gmail.com.

Palavras-chave: Consumo. Cláusula abusiva. Proteção dos consumidores. Empréstimo. Franco suíço. Euro.

Mots clés: Consommation. Clause abusive. Protection des consommateurs. Prêt. Franc Suisse. Euro.

Keywords: Consumption. Abusive clause. Consumer protection. Loan. Swiss franc. Euro.

Sumário: I A ausência de proteção do consumidor-mutuário contra a cláusula controvertida – II A ausência de responsabilidade do banco – Epílogo

1 Há quase dez anos, alguns milhares de indivíduos sucumbiram à tentação de um endividamento particularmente atraente. Os contratos de crédito imobiliário oferecidos eram, de fato, liberados em francos suíços, mas reembolsáveis em euros, e incluíam uma cláusula por meio da qual o empréstimo era indexado ao franco suíço. Em outros termos, o montante de cada parcela estava vinculado à

¹ NT: expressão italiana que significa “vai devagar”.

² NT: registro especial agradecimento aos professores Fernanda Sabrinni-Chatelard e Carlos Nelson Konder pelas valiosas contribuições na tradução e revisão do texto.

evolução da taxa de câmbio franco suíço/euro. *A priori*, essa cláusula era particularmente tranquilizadora para os mutuários, em razão da estabilidade do franco suíço, um porto seguro, por assim dizer.

2 Mas, *patatras*,³ a depreciação da moeda suíça teve consequências catastróficas para os mutuários, cujo encargo financeiro real de cada prestação em euro aumentou significativamente, embora permanecesse formalmente inalterado em francos suíços! Concretamente, os consumidores de crédito imobiliário foram os perus desta farsa⁴ financeira, uma vez que, apesar dos sucessivos pagamentos, o *quantum* da obrigação de restituição não só não diminuiu, mas até aumentou...

No caso, precisamente, o capital inicial emprestado e devido originalmente se elevou de €303.360,42, em dezembro de 2008, para €371.850,67, em 10.9.2012.

3 Uma situação suficientemente ruim para os mutuários que, então, abriram fogo para, de qualquer forma, neutralizar a cláusula controvertida que os estrangulou financeiramente.

Uma primeira frente de batalha foi aberta no terreno da licitude da cláusula à luz do art. 112-2, *alinéa 1er*, do Código Monetário e Financeiro. Alguns mutuários argumentaram que ela constituía uma cláusula de indexação ilícita. Todavia, em duas sentenças de 29.3.2017,⁵ a *Cour de cassation* a reputou dentro dos parâmetros, de modo que, na decisão comentada, essa estratégia foi abandonada em favor de duas outras.

A primeira foi sugerida pelos acórdãos acima citados. O Tribunal, para censurar as decisões dos juízes de primeira instância, lembrou, adotando por conta própria a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (CJUE),⁶ que deve ser examinado de ofício o caráter abusivo da cláusula estipulada em contrato de consumo quando se disponha de elementos fáticos e jurídicos suficientes. E ela havia sugerido que a natureza abusiva da cláusula controvertida era, no mínimo, concebível.

A segunda frente foi implementada com sucesso em um dos dois acórdãos acima.⁷ Trata-se da aplicação do *dever de advertência* (*devoir de mise en garde*)

³ NT: trata-se de uma onomatopeia que equivale ao ruído característico de uma queda repentina de um corpo atingindo o solo, equivalente, no português, à palavra “bum”.

⁴ NT: tradução literal da expressão usada pelo autor no trecho a seguir: “[...] les consommateurs de crédit immobilier furent les dindons de cette farce financière [...]”.

⁵ N^o 16-13.050 et n^o 15-27.231, D. 2017. 1893, note C. Kleiner, 1859, chron. C. Barel, 2176, obs. H. Synvet, et 2018. 583, obs. N. Sauphanor-Brouillaud; AJDI 2017. 596, obs. J. Moreau; AJ Contrat 2017. 278, obs. B. Brignon; RTD civ. 2017. 383, obs. H. Barbier; RTD com. 2017. 409, obs. D. Legeais; CCC 2017. Comm. 136, obs. S. Bernheim-Desvaux; JCP 2017. 918, obs. T. Bonneau.

⁶ CJUE 4 juin 2009, aff. C-243/08, D. 2009. 2312, note G. Poissonnier, 2010. 169, obs. N. Fricero, et 790, obs. E. Poillot; RTD civ. 2009. 684, obs. P. Rémy-Corlay; RTD com. 2009. 794, obs. D. Legeais; JCP 2009. 336, obs. G. Paisant; RDC 2010. 1299, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁷ N^o 15-27.231, *supra* nota 1.

que recai sobre o estabelecimento de crédito ao conceder um empréstimo a um mutuário desinformado.

4 Com a força desses “precedentes”, no caso comentado, alguns mutuários alegam que a cláusula controvertida é abusiva e que o banco descumpriu o seu dever de advertência.

Os juízes de primeira instância não acolheram os pedidos com base em qualquer desses fundamentos.

Os recursos foram rejeitados pela câmara comercial da *Cour de cassation*. De um lado, porque a cláusula controvertida não se enquadra no âmbito de apreciação do caráter abusivo das cláusulas, no sentido dado pelo artigo do *Code de la consommation*, que organiza a proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas, e também porque ela é inteligível. De outro, porque o banco havia respeitado o seu dever de advertência.

5 Em suma, apesar de sua condição de consumidor, protegido como tal contra as cláusulas abusivas, e de sua qualidade de mutuário desinformado, os cônjuges encontram-se, portanto, em maus lençóis, como antes, e terão de suportar mais alguns anos, que aparentemente serão bem mais longos do que o esperado, com encargos mais pesados que o previsto, em decorrência dos efeitos produzidos pela cláusula monetária controvertida.

Convém refletir, sucessivamente, sobre a ausência de proteção contra essa cláusula (I) e sobre a ausência de responsabilidade do banco (II).

I A ausência de proteção do consumidor-mutuário contra a cláusula controvertida

A despeito do efeito da cláusula (A), a proteção contra ela é excluída devido ao seu objeto (B) e à sua inteligibilidade.

A O efeito da cláusula

6 Por força do antigo art. L. 132-1 do Código do Consumo,⁸ são reputadas não escritas as cláusulas que criam um desequilíbrio contratual significativo nos contratos de consumo, em detrimento do consumidor.

Neste caso, não seria ilegítimo considerar que a cláusula monetária controvertida produziria um tal efeito.

⁸ Aplicável neste caso e que se tornou o art. L.212-1 do mesmo Código.

Além disso, nos julgamentos de 29.3.2017, a Primeira Câmara Cível da *Cour de cassation* se posicionou claramente nesse sentido. Com efeito, depois de dissecar o mecanismo criado pela cláusula para determinar o valor das parcelas, o Tribunal havia decidido que cabia ao juiz de primeira instância reconhecer, de ofício, “se o risco cambial não pesava *exclusivamente*⁹ sobre os mutuários e se, em consequência, a cláusula controvertida não tinha por objeto ou por efeito criar um desequilíbrio significativo [...]”. O mínimo que se pode dizer, portanto, é que a Primeira Câmara Cível abriu caminho para a sua qualificação como cláusula abusiva e para a retirada da cláusula controvertida dos contratos de empréstimo em que fosse estipulada.

7 O abuso residia, basicamente, na ausência de reciprocidade da cláusula, ou seja, na assunção do risco cambial, com exclusividade, apenas pelos mutuários. A identificação do abuso procede, aliás, mais frequentemente, nas listas elaboradas pelos arts. R. 212-1 e R. 212-2 do Código do Consumidor, da unilateralidade que caracteriza os poderes e as prerrogativas conferidos pelos contratos de consumo ao fornecedor, seja no que concerne à sua existência, seja ao seu regime.

Incentivados por alguns comentadores dos acórdãos anteriores a 2017, que previam que a cláusula monetária controvertida seria considerada não escrita porque abusiva,¹⁰ os recorrentes inspiraram-se, assim, na sua fundamentação. Alegaram, nesta perspectiva, que a aplicação da cláusula controvertida “poderia ter por efeito prolongar a duração do empréstimo, aumentar sem limite o montante do capital a reembolsar e impor um aumento dos seus prazos, sem qualquer limite, durante cinco anos”.

A questão parecia definida no tocante à cláusula monetária controvertida, cujos males dela decorrentes pareciam comprovados. O seu rótulo de cláusula abusiva, em razão do desequilíbrio contratual significativo que provocou no contrato de crédito imobiliário, em detrimento do consumidor, parecia, de fato, indiscutível.

E, no entanto, apesar de seu caráter aparentemente abusivo no sentido das normas que organizam a proteção dos consumidores contra cláusulas abusivas no Código do Consumidor, a cláusula monetária controvertida passa despercebida, em razão de seu objeto.

B O objeto da cláusula

8 O art. L. 212, parágrafo 3, do Código do Consumidor especifica que a proteção é excluída em relação às cláusulas que digam respeito “ao objeto principal do contrato” ou “à adequação do preço ou da remuneração ao bem vendido ou

⁹ É a nossa ênfase.

¹⁰ S. Bernheim-Desvaux, *supra* nota 2; T. Bonneau, *supra* nota 1, p. 921 et 922.

ao serviço oferecido”. Em suma, a proteção contra as cláusulas abusivas é excluída pelas cláusulas que dizem respeito ao equilíbrio das prestações contratuais essenciais. Trata-se de regra que traduz a grande ideia que reflete a *ratio legis* da proteção dos consumidores contra cláusulas abusivas: o referido artigo não é destinado a protegê-los contra os eventos lesivos de consumo. Ele tem em vista exclusivamente as cláusulas que gravitam em torno do núcleo central do contrato, aquelas que não mantêm uma relação direta com a operação econômica da qual o contrato é o suporte e da qual as prestações devidas pelos contratantes constituem sua expressão. A proteção desdobra seus efeitos contra as cláusulas pelas quais os contratantes ajustam suas relações contratuais, ou melhor, aquelas pelas quais o fornecedor as determina unilateralmente, seja quanto à exigibilidade das obrigações, às suas modalidades, à interpretação das disposições contratuais, ao ônus e à administração da prova, à competência em caso de litígio, à sanção por inadimplemento, ao destino do contrato descumprido, à duração da relação, às modalidades de resolução etc.

9 No entanto, neste caso, a *Cour d'appel*, ratificada pela *Cour de Cassation*, decidiu que a cláusula monetária controvertida define o objeto principal do contrato. Por conseguinte, o seu efeito sobre o equilíbrio contratual é irrelevante! Seu objeto a exclui do campo de apreciação do caráter abusivo das cláusulas, na acepção do antigo art. 132-1 do Código do Consumidor. Embora objetivamente abusiva em razão do seu efeito, a cláusula tem, no entanto, força vinculante em relação ao consumidor, por se referir ao objeto principal do contrato, à prestação essencial deste, em suma, à obrigação de restituir firmada pelo mutuário, de que ela determina o montante. Essa análise adotada pela *Cour de cassation* parece estar de acordo com a jurisprudência do CJUE,^{11 12} para quem a noção de objeto principal do contrato, que exclui a qualificação de cláusula abusiva, diz respeito às cláusulas que “fixam as prestações essenciais” do contrato e que, por consequência, o “caracterizam”. E, precisamente, quanto à cláusula controvertida, a CJUE considerou que “o fato de um empréstimo dever ser reembolsado em uma determinada moeda diz respeito, em princípio, não a uma forma de pagamento acessória, mas à própria natureza da obrigação do devedor, constituindo, assim, um elemento essencial do contrato de mútuo”, e os tribunais que tiveram de se pronunciar sobre essa questão subscreveram esse entendimento.¹³ Com efeito,

¹¹ CJUE 20 sept. 2017, aff. C-186/16, D. 2017. 2401, note J. Lasserre Capdeville, 2176, obs. H. Synvet, et 2018. 583, obs. N. Sauphanor-Brouillaud; AJDI 2018. 208, obs. J. Moreau; AJ Contrat 2017. 484, obs. B. Brignon.

¹² NT: CJUE: *Cour de justice de l'Union européenne*. Referência ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹³ Paris, 3 mars 2017, n° 15/05655, RTD civ. 2017. 383, obs. H. Barbier; Metz, 27 avr. 2017, n° 15/00411, Gaz. Pal. 2017, n° 22, p. 62, obs. M. Roussille; Paris, 12 mai 2017, n° 15/20818; 16 juin 2017, n° 15/21389, n° 15/23316 et n° 15/23333.

decidiram que a cláusula monetária controvertida não se enquadrava no âmbito da apreciação de abusividade prevista no antigo art. L. 132-1 do Código do Consumidor, porque “define o objeto principal do contrato, a própria essência da relação contratual e o elemento essencial da prestação do devedor, ou seja, a sua obrigação de reembolsar, em euros, um empréstimo concedido em francos suíços”.¹⁴

10 No entanto, tal exclusão não foi imposta com a força de uma evidência. Como salientou a Mme Kleiner, era concebível, para se pronunciar sobre a natureza da cláusula controvertida, “fazer o seguinte questionamento: o objeto principal destes empréstimos é a disponibilização de uma soma em dinheiro para fins de aquisição imobiliária ou a entrega de uma quantia em dinheiro em francos suíços?”.¹⁵ Essa é uma questão que nos remete, ao que parece, às delícias da distinção entre o objeto do contrato e o objeto da obrigação... ou, como nos acórdãos acima referidos, o CJUE, assim como as *Cours d’appel*, parecem compreender a noção de “objeto principal do contrato” por referência à prestação do devedor, que constitui o objeto de sua obrigação e reside na restituição do montante emprestado. Logo, é difícil contestar que a cláusula monetária controvertida não afete sensivelmente a referida obrigação, uma vez que determina diretamente o seu montante¹⁶ e que, portanto, escapa à apreciação de seu caráter abusivo, desde que seja clara e inteligível.

C A inteligibilidade da cláusula

11 O antigo art. L. 132-1, alínea 3, dispõe que a proteção é excluída no caso de cláusulas que digam respeito “ao objeto principal do contrato”, ou “à adequação do preço ou da remuneração ao bem vendido ou ao serviço ofertado”, especificando, no entanto, que a proteção contra essas cláusulas pode entrar em jogo se elas não forem redigidas de maneira clara e compreensível. O consumidor pode, então, ser protegido contra uma cláusula que gere um desequilíbrio contratual significativo, ainda que se refira ao objeto principal do contrato, se a cláusula controvertida não for inteligível.

O que significa este requisito de inteligibilidade? Segundo o CJUE,¹⁷ trata-se, de um lado, de uma inteligibilidade formal ou gramatical; o significado da cláusula não deve representar qualquer dificuldade. Por outro lado, esse requisito tem por objeto o alcance da cláusula: a sua redação deve permitir ao consumidor compreender precisamente as consequências que a sua incidência poderá ter sobre

¹⁴ Paris, 3 mars 2017, *supra* note 8.

¹⁵ *Supra* note 1, spéc. p. 1897.

¹⁶ Comp. CJUE 3 déc. 2005, aff. C-312/14, D. 2015. 2561; RTD com. 2016. 170, obs. D. Legeais.

¹⁷ CJUE 20 sept. 2017, *supra* note 7.

compromisso firmado, sobre o objeto de sua obrigação de restituição e, de uma forma mais prosaica, sobre o montante de sua prestação.

12 Neste caso, os juízes de primeira instância, ratificados pela *Cour de cassation*, consideraram que a cláusula era perfeitamente inteligível pelos consumidores de crédito imobiliário. Com efeito, ela figurava em uma oferta anterior, que especificava de maneira clara e detalhada o objeto e as modalidades da obrigação de restituir. Esta oferta afirmava, de forma clara e compreensível, que “o empréstimo contratado é liberado em francos suíços” e explicava que:

a amortização do empréstimo é feita pela conversão das prestações fixas pagas em euros, que tal conversão se opera de acordo com uma taxa de câmbio suscetível de evoluir para cima ou para baixo, que essa evolução pode levar ao prolongamento do prazo de amortização e, se necessário, alterar o encargo total de reembolso.

Em suma, a cláusula pode efetivamente causar um desequilíbrio contratual significativo em detrimento do consumidor, mas ele estava perfeitamente advertido, então, pouco importa. Respeita-se, aqui, a sacrossanta exigência de transparência, de modo que os consumidores de crédito podem ser abandonados à sua triste sorte sem o menor escrúpulo... É certo que a cláusula controvertida provavelmente fez com que o risco cambial pesasse exclusivamente sobre eles, mas ela foi escrita de uma tal maneira que eles poderiam ter entendido o seu significado, logo, problema deles! Basicamente, o abuso é neutralizado quando a pessoa que o sofre tem alegadamente os meios, graças à cláusula que o constitui, para detectá-lo... Se tal é a filosofia do direito do consumidor,¹⁸ ela deixa um gosto um tanto amargo, em todo caso, para os consumidores, como revela suficientemente a decisão comentada.

Uma vez que a proteção pelo direito do consumidor estava excluída, resta aos nossos desafortunados mutuários o direito comum dos contratos para tentar limitar a cláusula.

II A ausência de responsabilidade do banco

Os mutuários, por um lado, exploraram expressamente o direito comum, baseando-se no dever de advertência que recai sobre as instituições de crédito

¹⁸ Sobre este ponto, N. Sauphanor-Brouillaud, com a ajuda de Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux, *Les contrats de consommation - règles communes*, LGDJ, 2011, spéc. n° 607 s.

(A), e, por outro lado, de forma implícita, com base na fundamentação do julgado comentado, invocando o erro causado pelo descumprimento do dever de informação do banco (B).

A O dever de advertência

13 Os mutuários criticaram o banco por não respeitar o dever de advertência. Dever que, ao celebrar um contrato de empréstimo em dinheiro, impõe-se a toda instituição de crédito que conceda um crédito a um mutuário desinformado, obrigando-a a inquirir sobre suas capacidades financeiras e a alertar o consumidor para o risco de endividamento excessivo incorrido em razão do empréstimo solicitado.¹⁹

Na espécie, os magistrados, mais uma vez ratificados pela *Cour de cassation*, consideraram que não estavam reunidas as condições para pôr em causa a responsabilidade do banco. Este último estava bem informado sobre as capacidades financeiras dos mutuários antes da conclusão do empréstimo; o empréstimo concedido era, no momento da sua contratação, proporcional aos rendimentos e patrimônio²⁰ do mutuário. Além disso, o empréstimo concedido não tinha causado um endividamento excessivo, prova decisiva de que não comportava esse risco.

14 A responsabilidade do banco pelo descumprimento do dever de advertência foi, portanto, fatalmente excluída. Tanto mais que os julgadores consideraram que, sob o pretexto de uma ação de indenização, os demandantes “acusavam, na realidade, o descumprimento do banco de seu dever de informação”.

B O dever de informação

15 A ação de indenização movida pelos mutuários por descumprimento, pela instituição de crédito, do seu dever de advertência foi, segundo os julgadores, um engodo que, na realidade, dissimulou uma ação baseada na violação do dever do banco de informar.

Em suma, de acordo com a *cour d'appel*, o que os demandantes realmente censuraram ao seu contratante foi menos por não os ter avisado sobre o risco de um empréstimo desproporcional às suas capacidades financeiras, do que por não ter lhes informado dos riscos gerados pela cláusula monetária em face do valor da obrigação de restituir.

No fundo, os mutuários alegavam que o silêncio intencional mantido pelo banco constituía uma omissão dolosa que havia causado um erro decisivo em seu consentimento. Segundo eles, o banco, de fato, conscientemente se omitiu sobre

¹⁹ Sobre esse dever, V. T. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, coll. Domat, 2015, nº 907.

²⁰ Neste sentido, V. T. Bonneau, obs. ss Civ. 1re, 29 mars 2017, *supra* note 1.

o risco de variação da taxa de câmbio e suas consequências na amortização do empréstimo e, portanto, causou um erro na sua consciência. Se tivessem sido informados das consequências da cláusula monetária estipulada no contrato de empréstimo sobre o *quantum* da sua obrigação de restituir, não o teriam celebrado.

16 A *Cour de cassation* também rejeitou o recurso interposto pelos mutuários sobre esse ponto, refugiando-se no poder soberano dos juízes de primeira instância que, na sua decisão, decidiram que o descumprimento do dever de informação do banco alegado pelos mutuários não estava provado. Os recorrentes não tinham feito prova de que seu cocontratante havia intencionalmente guardado silêncio sobre a existência e as consequências da cláusula sobre o montante de sua obrigação de restituir. Muito pelo contrário, como revela o exame do recurso anexo ao acórdão, a instituição de crédito havia informado perfeitamente os mutuários sobre a influência potencial do funcionamento da cláusula sobre a prestação futura.

Epílogo

17 Para os contratos celebrados antes da entrada em vigor da *loi* nº 2013-672 *du 26 juillet 2013*, convém assinalar um novo acórdão, proferido em 16.5.2018, pela Primeira Câmara Cível da *Cour de cassation*²¹ sobre a mesma cláusula estipulada em um contrato de crédito imobiliário. Na verdade, esse acórdão não altera a situação relativa ao acórdão comentado e constitui antes uma réplica do julgado de 29.3.2017. A Primeira Câmara Cível apenas lembra, de fato, que o juiz deve “examinar de ofício o caráter abusivo de uma cláusula contratual, desde que disponha dos elementos de direito e de fato necessários para esse efeito”, e decide que, quanto aos efeitos da cláusula controvertida, a *Cour d’appel* deveria averiguar se ela era abusiva, a menos que se referisse ao objeto principal do contrato, desde que, nesse caso, esteja redigida de forma clara e compreensível. Este novo acórdão, portanto, nada mais acrescenta do que os de 2017 sobre as questões decididas pela decisão comentada.

Os consumidores de crédito imobiliário encontram-se, de agora em diante, à mercê destas cláusulas que, seja qual for o julgamento, têm o cheiro, a cor e o gosto de uma cláusula abusiva. O art. L. 313-64 do Código do Consumidor, proveniente da *l’ordonnance* nº 2016-351 de 25.3.2016, artigo que constitui a resposta ao art. L. 312-3-1 proveniente da *Loi du 26 juillet 2013*, passa a proibir, em princípio, os créditos imobiliários que são liberados em moedas diversas do euro.

²¹ N° 17-11.337, D. 2018. 1069.

Se tal foi necessário, é uma prova de que essas cláusulas, se não abusivas no sentido técnico do termo, eram um tanto tóxicas para os consumidores que juraram, posto tarde demais, que não seriam pegos novamente...

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAZEAUD, Denis. Proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas: a Cour de Cassation va piano. Tradução de Rafael Cândido da Silva. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 203-212, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.015.

Recebido em: 01.11.2022

Aprovado em: 01.11.2022