

## **DA PROIBIÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

***Eliana Maria Pavan de Oliveira***

*Advogada*

*Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNIMEP-Piracicaba-SP,  
Mestranda em Direito Privado pela Universidade de Franca-UNIFRAN-SP,  
Professora do Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG.*

### **Introdução**

Constantemente nos confrontamos com a problemática da existência de cláusulas abusivas nas mais diversas espécies de contratos e tem sido uma das mais intrincadas questões que o civilista enfrenta, no anseio da realização da justiça.

Com o desenvolvimento da sociedade a partir do século XX ocorreu um aumento demasiado das transações comerciais fazendo surgir novas espécies de contratos, especialmente os contratos de adesão. Neste caso é comum o economicamente mais fraco aderir ao contrato pela falta de conhecimento e ante a necessidade de obter o objeto contratual que lhe cabe.

O Código Civil Brasileiro (1916) elaborado pelas idéias dominantes do século XIX não se presta a coibir a inclusão de cláusulas abusivas na atualidade, posto que estava arraigada ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Dessa forma, o legislador brasileiro lançou mão na elaboração de uma nova codificação específica que tratasse de proteger os hipossuficientes, e em conformidade com o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, elaborou o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, sendo considerado um dos mais modernos e completos diplomas legislativo da atualidade.

O artigo 2º do Código de Defesa do consumidor tratou de conceituar a figura de consumidor. As cláusulas abusivas inseridas nos contratos dão causa à revisão do contrato pelo Poder Judiciário, enfatizando-se, no entanto, o princípio da conservação do contrato. As cláusulas abusivas são as que estabelecem obrigações iníquas, causando desequilíbrio contratual entre as partes e ferindo os princípios fundamentais do sistema contratual, como o princípio da vulnerabilidade e o princípio

da boa-fé<sup>1</sup>.

## I Origem do Código de Defesa do Consumidor

### 1. Origem e evolução legislativa do CDC (Lei 8.078/90)

O individualismo e o liberalismo caracterizaram-se no Código Civil de 1916 até a década de 1970, pelo que o jurista brasileiro não desenvolveu suficientemente o princípio da boa fé.

Foi com a redemocratização e a Constituição de 1988 que o tema da proteção do consumidor tomou importância relevante no Brasil, sofrendo influência do direito norte-americano, em razão do alto consumo e da abundância de legislação favorável ao consumidor da União Européia.

Com a Constituição de 1988 primando pelo rol dos direitos fundamentais destacou-se que: “o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.” (inciso XXXII do art. 5º).

A legislação estrangeira que serviu de inspiração ao nosso CDC foi o Projeto Calais-Auloy de Código de Consumo. O CDC foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes, sofrendo influência: a) das leis gerais de proteção ao consumidor da Espanha (Lei n. 26/1984); b) de Portugal (Lei n. 19 de 22/08/1981); c) do México (Lei de 05/02/1976); d) Quebec (1979); e) das Diretivas Européias sobre publicidade (Diretiva 84/540) sobre fato do produto e vendas à distância e, f) da legislação norte-americana.

No que concerne ao combate às cláusulas abusivas, bem como à prática dessas cláusulas admite-se considerável influência do direito alemão (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976) e do direito português (Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro de 1985)<sup>2</sup>.

Nos termos do art. 48 das “Disposições transitórias” da CF/88 foi atribuído ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Nosso CDC tornou-se modelo na América-Latina, ante os esforços comparatistas.

<sup>1</sup> O princípio da boa-fé está previsto expressamente no novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>2</sup> BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 10.

## 1.1 Código ou lei?

O que temos em nosso país atualmente é um Código de Defesa do Consumidor ou mais uma lei como tantas outras?

Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição Federal, no inciso XXXII do art. 5º, estabeleceu que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor.” Reconhecendo que o consumidor não poderia ser protegido de forma adequada tendo por base um modelo privado ou leis esparsas, que muitas vezes são lacunosas e contraditórias<sup>3</sup>, através do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescreveu que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Porém, quando da tramitação do Código, visando interesses da classe, empresários, acautelando-se de uma possível prostração nos plenários das duas casas, buscaram impedir a votação do texto, sob o argumento de que por ser tratar de Código não estavam sendo observadas as indispensáveis formalidades legislativas. Este ardil foi contestado, sustentando-se que a estrutura destinada para o regramento do mercado consumidor, chamada de Código, na verdade era Lei<sup>4</sup>.

Assim, o que o texto constitucional chamava de código, foi votado como Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Na realidade trata-se de Código, posto que a Constituição Federal ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu inciso XXXII do art. 5º reza que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O constituinte enfatizou sua intenção quando, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dia da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

A Carta Magna nos coloca diante de um Código, seja pela determinação de sua elaboração, seja pelas características sistemática que apresenta<sup>5</sup>. Saliente-se que o vocábulo Código não foram retirados do corpo do texto legal, porque o Congresso Nacional assim permitiu. Neste sentido mencionamos como exemplos, dentre outros, os artigos 1º, 2º, 28, 37, 44, 51.

## 2. Noções de conceito legal de consumidor

Um dos mais completos e modernos diplomas legislativos contemporâneos é o Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Personagem comum em uma sociedade denominada pós-moderna, onde gabaritados doutrinadores laboraram o projeto que lhe deu origem, é o consumidor.

<sup>3</sup> Ibid., p. 9.

<sup>4</sup> BENJAMIM, op. cit., p. 8-9, nota 2.

<sup>5</sup> Ibid., p. 9.

O Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor teve como uma de suas grandes virtudes a definição de quem é o destinatário principal de suas normas.

No Código de Defesa do Consumidor, o legislador utilizou-se das definições para explicitar o termo do conceito jurídico. Neste sentido, o *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor conceituou: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final."

O legislador do Código de Defesa do Consumidor procurou através da emissão de conceitos legais enunciados estancar a nebulosidade de uma definição teórica, reconhecida pela Doutrina: "Ciente de tal dificuldade, e facilitando em muito o trabalho hermenêutico da doutrina e jurisprudência brasileiras, procurou traçar, o legislador, objetivamente, a linha mestra do conceito de consumidor."<sup>6</sup>

No entanto, a lei não trouxe um único conceito de consumidor. O Código de Defesa do Consumidor menciona, em verdade, quatro definições legais as quais estão dispostas no artigo 2º "caput"; art. 2º parágrafo único; arts. 17 e 29. Ademais apareceram duas teorias, finalista e maximilista, a respeito do limite de alcance de aplicação.

Finalmente, a menção à pessoa jurídica no "caput" do art. 2º trouxe outras discussões ligadas às anteriores, isto é, quando ou como a pessoa jurídica ou o chamado consumidor-profissional devem receber a proteção legal do direito do consumidor?

Desta forma, entendemos, que a conceituação de consumidor enseja uma conceituação mais fática do que jurídica.

## II Cláusulas Abusivas

### 1. Conceito de cláusulas abusivas

São as cláusulas abusivas umas das causas concomitantes à formação contratual que dá margem à revisão do contrato pelo Poder Judiciário. Quando, em virtude dos mais diversos fatores, ocorrer a prevalência de uma das partes sobre a outra a cláusula contratual é considerada abusiva.

Para que uma cláusula possa ser considerada abusiva. É pressuposto o abuso de poder econômico e vantagem excessiva para uma das partes, contrariando o princípio da boa-fé, ferindo os princípios fundamentais do sistema contratual.

A lei n. 8.078/90, em seu art. 51, *caput* e incisos IV e XV lista os elementos exemplificativos.

<sup>6</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel *et al. Código de defesa do consumidor comentado*, 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 18-19.

Devemos nos precaver para não definir cláusula abusiva como cláusula ilícita, porque nesta não há exercício de um direito, enquanto que naquela ocorre a existência de um direito subjetivo, que é utilizado no escopo de favorecer uma das partes, o que provoca desequilíbrio contratual.

Como se vê, a cláusula abusiva não é ilícita na essência. É do contexto que decorre o abuso, isto é, ocorre quando ela se origina não do acordo recíproco de vontade, mas de predisposição unilateral. Em que pese as diferenças entre cláusulas ilícitas e as cláusulas abusivas, a consequência jurídica é a mesma: a nulidade.

Para que um contrato celebrado entre consumidor e fornecedor que fique sujeito ao regime das cláusulas abusivas há que assumir a natureza de condição geral<sup>7</sup>.

Torna-se impossível qualquer discussão concernente à cláusula abusiva, posto que tais cláusulas são imprescindíveis à vida econômica atual, podendo manifestar-se em outras figuras contratuais que não o contrato de adesão, por exemplo. Tais cláusulas podem ser regidas pelo Código Comercial ou pelo Código Civil.

Todavia, para que não se convertam em instrumento de injustiça e de concentração de poder abusivo, em prejuízo de direitos subjetivos e coletivos deverão ser tratadas na exata dimensão.

## **2. Fundamento jurídico da proibição das cláusulas abusivas**

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor alterou-se a visão clássica do direito privado. O contrato, no que concerne às relações entre consumidor-fornecedor, modificou-se e passou a ter um tratamento mais moderno e como corolário, mais justo, passando a enfatizar o princípio da conservação do contato (art. 6º, n. V).

O contrato idealizado pelo direito clássico, fulcrado na autonomia da vontade, transformou-se no decorrer dos anos em razão da transformação social. Adalberto Pasqualotto aduz que o contrato "transformou-se em instrumento de coação dos economicamente fortes sobre os mais fracos, situação que se agravou com as relações de consumo em massa, através do contrato de adesão. Nesses contratos praticamente desaparece a bilateralidade, porque cláusulas pré-redigidas e inflexíveis servem para o proponente impor as condições do negócio ao aderente. O direito reagiu a essa desigualdade, exigindo uma conduta ética dos contratantes

---

<sup>7</sup> CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Contratos de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 77.

em geral, aos quais devem se haver com boa fé também nas fases pré e pós-contratual<sup>8</sup>.

Dentre outras inovações, o novo diploma legal instituiu como princípio basilar informador das relações de consumo a boa-fé (art. 4º, caput e n. III; art. 51, n. IV). Impôs que se o fornecedor tiver veiculado oferta, apresentação ou publicidade deverá prestar declaração de vontade (art. 30).

O CDC (art. 47) prescreve que a interpretação das cláusulas contratuais deverá ocorrer de maneira mais favorável ao consumidor. Percebe-se neste dispositivo legal a aplicação do princípio constitucional da isonomia, do qual podemos extrair outros princípios, os da teoria da interpretação contratual, que, segundo Nelson Nery Júnior designa quais sejam: "a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais a intenção das partes do que a literalidade da manifestação de vontade<sup>9</sup>; c) a cláusula geral de boa fé acha-se inserida em toda relação de consumo, mesmo que não conste expressamente do instrumento contratual<sup>10</sup>; d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor<sup>11</sup>; e) nos contratos de adesão as cláusulas contraditórias ou ambíguas são interpretadas em favor do consumidor<sup>12</sup>; f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraíndo-se delas um máximo de utilidade (princípio de conservação)"<sup>13</sup>.

Através do CDC evoluímos para uma visão social valorizando a função do direito como garantidor do equilíbrio contratual.

### **III Princípios Fundamentais do Sistema Contratual e seu Reflexo no Combate às Cláusulas Abusivas**

#### **1. Princípio da vulnerabilidade**

O art. 4º do CDC institui diversos princípios que devem servir de parâmetro ao legislador na elaboração da política nacional de proteção ao consumidor, possibilitando, simultaneamente, a interpretação das relações de consumo. Assim, pode-se dizer que tanto o legislador quanto o intérprete estão vinculados negativamente por estes princípios, isto é, não podem agir de modo a violá-los,

<sup>8</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 658, p. 52.

<sup>9</sup> Conforme dispõe o art. 85, do Código Civil de 1916.

<sup>10</sup> Neste sentido, é o que se interpreta dos arts. 4º, caput e inciso III, e art. 51, inciso IV, do CDC.

<sup>11</sup> É o que ocorre nos contratos de adesão onde as cláusulas estão impressas nos formulários. Assim deve-se prevalecer as cláusulas manuscritas às estipuladas de forma impressa nos formulários.

<sup>12</sup> Assim se orienta a jurisprudência brasileira, aplicando esta regra. A propósito ver RT. 612/163, 573/253.

<sup>13</sup> NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 388.

implícita ou explicitamente. O art. 4º, I do CDC tem como princípio orientador da aplicação da lei o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, como princípio limitativo de orientação do interprete.

Para uma melhor análise da vulnerabilidade lembremos que outrora consumidor e fornecedor encontravam-se em posição de relativo equilíbrio de poder de barganha, atualmente o fornecedor se encontra numa posição de superioridade na relação de consumo, enquanto que o consumidor tornou-se parte mais frágil, submetendo-se “ao poder de controle dos titulares de bens de produção”, isto é os empresários.”<sup>14</sup>

Na verdade, o empresariado controla o que produzir, como produzir e para que produzir. Acrescente-se a fixação de suas margens de lucro<sup>15</sup>.

A vulnerabilidade do consumidor é localizada não só no âmbito econômico, mas também no campo técnico-profissional. Neste sentido o consumidor torna-se vulnerável na medida em que dispõe de conhecimentos técnicos necessários para a realização das mercadorias ou para a prestação dos serviços no mercado. Justamente por ser desconhecedor técnico-profissional é que o consumidor não está apto à avaliar, de maneira correta, o grau de perfeição dos produtos e serviços.

No âmbito jurídico, por sua vez, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na transformação das disposições das partes constitutivas dos contratos, que originaram os contratos de massa.

Alberto do Amaral Júnior<sup>16</sup> esclarece que “nos contratos de massa o predisponente elabora o complexo das cláusulas contratuais que se destina a uma multiplicidade indefinida de sujeitos, a quem cabe, simplesmente aceitar ou recusar em bloco as cláusulas contratuais predispostas.”

O fato de os contratos se tornarem funcionais aos interesses das empresas ensejou o aparecimento e aumento de cláusulas contratuais abusivas em prejuízo do consumidor. Tal fato não significa, porém, que seja abusiva a predisposição unilateral das cláusulas contratuais, em si mesmas. O que ocorre é que normalmente sua existência provoca abusos, que podem e devem ser corrigidos.

### 1.1 Consumidor Hipossuficiente

A vulnerabilidade se estende aos hipossuficientes, cuja vulnerabilidade é superior ao homem mediano. A hipossuficiência é característica de consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de saúde frágil, incluindo-

<sup>14</sup> FILOMENO, José Geral Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.46.

<sup>15</sup> FILOMENO, op. cit., p. 46.

<sup>16</sup> AMARAL Júnior, A. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*.

Disponível em <<http://www.cartamaior.com.br>>. Acesso em 2 nov. 2000.

se aqueles cuja posição social não lhes permita avaliar adequadamente o serviço ou o produto que estão adquirindo<sup>17</sup>.

Note-se que todos os consumidores, independente da situação econômica ou cultural que se encontre é considerado vulnerável. Contudo, nem todos os consumidores são considerados hipossuficientes. A hipossuficiência é estigma pessoal de cada consumidor.

O art. 39 do CDC ao tratar exemplificativamente das práticas abusivas refere-se aos hipossuficientes em seu inciso IV, assim dispondo que “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas: ... IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

A existência do CDC é justificada em razão da vulnerabilidade do consumidor. Porém, a hipossuficiência torna legítimo alguns tratamentos diferenciados ocorrentes no Código, como acontece no art. 6º, inciso VIII que trata da inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente. Caberá ao fornecedor demonstrar que foi dada oportunidade para que o consumidor tomasse conhecimento dos termos do contrato.

A inversão do ônus da prova é inafastável quando se tratar de processos que tenham por conteúdo o direito do consumidor. Ademais, esse dispositivo se reporta ao art. 335 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum. “O juiz, deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se de sua experiência e do que comumente acontece”<sup>18</sup>.

Independente de sua situação econômica, o consumidor encontra-se em situação de manifesta vulnerabilidade, ocorrendo o mesmo quando, nas relações de consumo o fornecedor tem o domínio técnico especializado. É o caso do setor de informática que vive em mutação e aperfeiçoamento constantes. A hipossuficiência em seu conceito amplo é característica típica da vulnerabilidade do consumidor, fato que levou o legislador a estabelecer a inversão do ônus da prova, com o fito de facilitar a proteção jurisdicional.

Ao dar tratamento diferenciado aos sujeitos da relação de consumo, outorgando maiores privilégios ao consumidor, o legislador exerceu o princípio constitucional da isonomia, “tratando desigualmente partes desiguais”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> BENJAMIM, op. cit., p. 6-7, nota 2.

<sup>18</sup> JTA 121/391.

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., p. 388, nota 13.



## 2. Princípio da boa-fé

No que concerne às relações de consumo pátria o legislador brasileiro optou explicitamente ao primado da boa-fé. Este princípio não foi contemplado expressamente pelo Código Civil Brasileiro de 1916.

A inspiração legislativa brasileira para a consideração do princípio da boa-fé nas relações obrigacionais achava-se, praticamente consignada, nos dizeres do art. 85 do Código Civil, de onde se infere a vontade Estatal que: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". Assim, "o que importa é a vontade real e não a declarada; daí a importância de se desvendar a intenção consubstanciada na declaração"<sup>20</sup>.

O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) prevê expressamente a supremacia do princípio da boa-fé.

Acontece que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé, deixou de coadjuvar no plano legislativo para, em sendo positivada no art. 4º, III do mesmo diploma legal, tornar-se princípio supremo do direito civil, visando a transparência e harmonia nas relações de consumo. Esse princípio sobressai-se não somente nas relações de consumo, mas é o compromisso expresso ou implícito de "fidelidade" e cooperação nas relações contratuais, ensejando "a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *cláusula rebus sic stantibus*, a possibilidade de arguir-se *exceptio doli*, a proteção contra cláusulas abusivas enunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações do princípio."<sup>21</sup>

### 2.1 Cláusula Geral da Boa-Fé

O parágrafo 242 do Código Civil alemão é o mais célebre exemplo de cláusula geral, desempenhando relevante função desde o início do século XX. Vale transcrevê-la: "O devedor deve cumprir a prestação tal como exija a boa fé, como consideração pelos costumes do tráfico jurídico".

A boa fé é aceita como "um valor autônomo não relacionado com a vontade", motivo o qual "a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até ao controle das partes"<sup>22</sup>.

Por assumir significação diversa, as cláusulas gerais da boa-fé

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 96.

<sup>21</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., p. 388, nota 13.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do, apud MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1999. p. 287.

são proteiformes, e o estudo de suas significações traz consigo inúmeros problemas essenciais à teoria do direito e à dogmática jurídica<sup>23</sup>. Desta forma inviável sua dogmatização, cuja conceituação pode nos levar a diversos significados.

As cláusulas gerais são normas cujo enunciado, ao invés de delimitar as possíveis hipóteses e conseqüências, é pertinente aos contratos como contorno, que permite a abrangência de sua formulação. As cláusulas gerais permitem a “abertura e a mobilidade do sistema jurídico”, a qual deve ser entendida como a cláusula que permite a inserção de elementos extrajurídicos, tornando possível a adequação valorativa<sup>24</sup>.

## 2.2 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

A boa fé objetiva cuida de uma norma comportamental fiel aos compromissos, porém não se apresenta como princípio geral. “É forma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas”. A boa-fé objetiva depende sempre do caso em concreto, se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser austeramente fixado<sup>25</sup>. Este princípio está presente, obrigatoriamente, em todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só nas relações de consumo.

Segundo Cláudia Lima Marques<sup>26</sup>, no CDC o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui duas funções:

- 1) Como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos;
- 2) Como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se positivado pelo CDC contribuindo à exegese das relações contratuais. No art. 4º, III, se adéqua à interpretação teleológica, enquanto que no art. 5º, IV, é interpretado como cláusula geral. O CDC, positiva em toda sua estrutura de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.

No que concerne à boa-fé o dever que dela se origina é o dever de informar sobre:

- a) O produto ou sobre o serviço (arts. 30 e 31); b) Na inserção de

<sup>23</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 273.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 412.

<sup>26</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno no direito comparado). *Revista Jurídica*, São Paulo. ano 47, n. 268, p. 39-71, fev. 2000.

inúmeras informações como contratuais (arts. 34 e 48) e sanção por seu descumprimento nos arts 18, 20 e 35; c) Dever de informar sobre o contrato (arts. 46 e 54).

A transparência obrigatória nas relações de consumo é princípio básico no CDC (art. 4º, *caput*), visando: a) assegurar a informação como direito do consumidor (art. 6º, III, do CDC); b) imputar-se ao fornecedor de serviço amplo dever de informar. Esse dever de informar cria a importância jurídica da publicidade (arts. 30, 36 e 37 do CDC), dos métodos de venda (arts. 39, 40 e 49 do CDC). A informação inerente à boa-fé é instituída como forma de proteger a confiança que os métodos de *marketing* desperta nos consumidores brasileiros.

Outro dever originado do princípio da boa-fé é o dever anexo de cooperação, isto é, o dever de colaboração durante a execução do contrato. Este dever está presente nas regras referentes às práticas comerciais e nas cláusulas consideradas abusivas (arts. 39, 40, 51, 52, 53, 54).

O princípio da boa-fé cuida de mais um dever contratual, é o dever anexo de cuidado. Tal dever refere-se aos danos patrimoniais casualmente ocorridos das relações de consumo (arts. 43 e 44), sejam elas contratuais ou não. O dever anexo de cuidado é imposta ao fornecedor e implica em ressarcimento ao consumidor (art. 6º, IV, do CDC) preservando o co-contratante de danos à sua integridade pessoal e patrimonial.

Como se vê, o que era regra imanente ao sistema jurídico, o legislador expressou através da legislação de consumo, fundamentando o repúdio às cláusulas abusivas.

### **3. Princípio da equidade contratual**

Com o fito de se alcançar justiça e equidade contratual, o CDC introduziu uma noção de equilíbrio mínimo das relações contratuais (art. 4º, III e art. 6º, V, do CDC). Com o CDC o contrato passou a ter equilíbrio ou equidade mais controlados.

O CDC trabalha com a noção de “desvantagem exagerada” (art. 51, IV e parágrafo 1º do CDC), vale dizer, não é suficiente o exagero nos direitos assegurados ao fornecedor por contrato, não é suficiente a vantagem deste fornecedor, o importante é o prejuízo, a desvantagem irrazoável para o consumidor. No CDC protegem-se o objetivo e o equilíbrio contratual, da mesma forma que se sanciona a onerosidade excessiva (art. 51, parágrafo 1º, do CDC). Desta forma revitaliza-se a comutatividade das prestações, reprime-se excessos do individualismo e procura-se a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestação nos contratos sinalagmáticos.

O art. 4º do CDC institui diversos princípios que devem servir de

parâmetro ao legislador na elaboração da política nacional de proteção ao consumidor, possibilitando, simultaneamente, a interpretação das relações de consumo. Assim, pode-se dizer que tanto o legislador quanto o intérprete estão vinculados negativamente por estes princípios, isto é, não podem agir de modo a violá-los, implícita ou explicitamente. O art. 4º, I do CDC estabelece o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, como princípio limitativo de orientação do intérprete.

## IV Nulidades das Cláusulas Abusivas

### 1. Opção pela nulidade absoluta como sanção da abusividade da cláusula e integração dos contratos em caso de nulidade

Como ensina Nelson Nery Júnior “a expressão “cláusulas abusivas” pode ser tomada como sinônimo de *cláusulas opressivas*, *cláusulas onerosas*, ou ainda *cláusulas excessivas*.”<sup>27</sup>

Desta forma, vemos cláusula abusivas como aquela que desfavorece o hipossuficiente no mercado de consumo, diante de sua vulnerabilidade na relação contratual, o consumidor (art. 4º, I).

A existência de cláusula abusiva dá origem à lesão contratual<sup>28</sup>. O prejuízo experimentado pelo consumidor leva ao desequilíbrio ente as partes tornando a relação contratual inválida. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão em que a lesão se faz presente quando um contratante não recebe do outro valor igual ao da prestação que forneceu<sup>29</sup>.

A sanção instituída pelo legislador para coibir a abusividade das cláusulas contratuais é a de nulidade absoluta. É o que ocorre, na lista de cláusulas consideradas abusivas constantes do art 51 do CDC. Temos esta lista como meramente exemplificativa em razão da possibilidade de existência de fatos outros que ensejem nulidade. Tais cláusulas, segundo o Código de Defesa do Consumidor são consideradas nulas de pleno direito.

A nulidade, dentro do Código de Defesa do Consumidor têm sistema próprio<sup>30</sup>. Neste sistema não são inteiramente aplicáveis às relações de consumo as normas referente ao instituto inscritas no Código Comercial, Código Civil, Código de Processo Civil e outras leis extravagantes. Ensina que ao enumerar as cláusulas

<sup>27</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., p. 400, nota 13

<sup>28</sup> A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 criou o instituto da lesão em seu art. 157.

<sup>29</sup> CAMARGO SOBRINHO, op. cit., p. 156, nota 7.

<sup>30</sup> NERY JÚNIOR, op. cit. p. 401, nota 13.

abusivas o Código só reconhece as nulidades de pleno direito, porque ofendem a ordem pública<sup>31</sup> de proteção ao consumidor<sup>32</sup>.

Por revestir-se de caráter de ordem pública a nulidade, pode ser argüida pelo interessado ou pelo Ministério Público, ou pelo órgão jurisdicional em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A cláusula nula jamais tem eficácia, vale dizer, nunca produz efeitos e é imprescritível, porque não se convalida em razão do tempo transcorrido e nem pelo fato de não ser alegada. Já, com o ato anulável admite-se a ratificação e é prescritível. Neste sentido, o escopo do legislador é tutelar ainda mais as relações contratuais do consumidor.

A abusividade é concomitante com a formação do contrato e, por outro lado, ela não depende da boa ou má fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Talvez o fornecedor não saiba que a cláusula é contrária ao espírito do CDC, mas mesmo assim ela permanece abusiva.

Nota-se que pelo art. 51, § 2º, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes. Se o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, é incompreensível exageros nesse aspecto de maneira que, por exemplo, venha a obstar o progresso tecnológico e econômico. Neste caso haveria desequilíbrio em desrespeito ao art. 4º, n. III, do Código de Defesa do Consumidor.

A integração é a dos efeitos dos negócios<sup>33</sup>, mas se a conservação do contato configurar ônus excessivo a qualquer das partes, possibilita-se a resolução do contrato. Seria um contra-senso a manutenção do contrato em detrimento de uma das partes.

Atendendo “ao princípio da conservação do contrato, a interpretação das estipulações negociais, o exame das cláusulas apontadas como abusivas e a análise da presunção de vantagem exagerada, devem ser feitas de modo a imprimir utilidade e operatividade ao negócio jurídico de consumo, não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo.”<sup>34</sup>

## 1.1 Nulidades e o Código Civil

É de se verificar que as demais regras constantes no Código Civil,

---

<sup>31</sup> Quando o ato afetar toda a coletividade diz-se que se reveste de caráter de ordem pública.

<sup>32</sup> A ordem pública de proteção ao consumidor é base normativa do Código, como se denota do que consta no art. 1º do CDC.

<sup>33</sup> MARQUES, op. cit., p.39-71, nota 26.

<sup>34</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., p. 432, nota 13.

uma vez constatado o vício de nulidade, também se aplicam ao Código de Defesa do Consumidor.

O isolamento de parte do conteúdo do negócio permite a realização do restante, ou a sua preservação. Uma vez retirada a cláusula abusiva o contrato se mantém em tudo o que dele restar. Não se possibilita o aproveitamento, de sanção da cláusula abusiva. Se desta forma fosse, estaríamos nos defrontando no fato de esta sanabilidade ser característica da anulabilidade.

A cláusula que se enquadrar como abusiva será retirada, como corolário, sobejará uma lacuna no negócio jurídico, haja vista não estar contaminado pelo vício. Este fato conduz a revisão contratual.

## **2. Revisão contratual pelo juiz em face à exclusão das cláusulas abusivas**

O legislador buscou a interpretação que harmonizasse com o escopo do pacto e não onerasse demasiadamente qualquer das partes, abrandando a abusividade de uma determinada cláusula.

No caso das cláusulas abusivas, cumpre ao juiz, como revisor do contrato, valorizar sua manutenção, fulcrando-se no critério objetivo da finalidade do pacto. A revisão ocorre sempre que determinada cláusula for considerada abusiva, por ter afrontado o princípio da boa-fé objetiva nos contratos.

Ao arredar uma cláusula, o juiz deverá esforçar-se para a manutenção do pacto de modo que haja possibilidade de sua execução. Deverá o julgador primar pela regra do não-contágio da totalidade do negócio pela parte nula.

O art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor determina que a nulidade de cláusula contratual não contamina todo o conteúdo do contrato.

Tal contaminação será possível “quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a uma das partes.”<sup>35</sup> Neste caso haverá resolução contratual.

Seria um contra-senso a manutenção do contrato em detrimento de uma das partes, quando essa desvantagem lhe trouxesse ônus excessivo no cumprimento das obrigações contratuais, desrespeitando-se a harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores, conforme disposto no art. 4º, III, do Código de Defesa do consumidor.

Desta forma, estando o julgador diante de uma lide contratual, para que se proceda a revisão do contrato, deverá orientar-se pelo caminho da

hermenêutica. O contrato atingido pela supressão de cláusulas abusivas deverá ser interpretado de maneira a ajustar o negócio jurídico observando-se a duplicidade de vontade das partes.

O art. 85 do Código Civil Brasileiro determina que nas declarações de vontade se atente mais à vontade das partes do que ao sentido literal da linguagem<sup>36</sup>. Como todo ato negocial decorre de ato de vontade, visando a consecução de um certo objetivo, criando, baseado em lei, direitos e impondo deveres, na possibilidade de o negócio conter cláusula duvidosa ou qualquer ponto controvertido, referida declaração de vontade demanda uma interpretação.

### 3. Revisão dos contratos pela lesão e de cláusulas contratuais

A figura da lesão aparece no art. 6º, inciso V, ao se referir à revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais.

Mário de Camargo Sobrinho ensina que segundo a doutrina, na lesão há elementos objetivos e subjetivos<sup>37</sup>. O elemento objetivo da lesão apresenta-se na desproporção dos valores negociados, vale dizer, na desproporção existente entre o preço real da coisa e o preço pago. Ocorre que o valor entregue é excessivamente inferior ao do bem recebido.

O elemento subjetivo da lesão pressupõe a participação intencional, configurada pelo dolo, requisito do crime de usura (Lei 1521/51).

O art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor trás em si duas regras de revisão. Uma quanto a prestações desproporcionais outra quanto a fatos supervenientes, o que pode nos levar a revisão contratual.

Para Luiz Renato Ferreira da Silva, "fora do campo de consumo, por sua vez, o aparecimento da lesão decorre da construção antes referida que considera a cláusula nula. Logo, a integração, a título de revisão, se dará em moldes semelhantes ao aplicável na hipótese de cláusula abusiva. Importante é ver-se que o instituto da lesão pode ser causa autônoma da revisão tanto em contratos de consumo quanto em contratos civis e comerciais que não digam respeito a relações de consumo propriamente ditas."<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Lei n. 8.078/91, art. 51, parágrafo 2., 2. parte.

<sup>36</sup> A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 alterou o dispositivo de n. 85, para constar: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem."

<sup>37</sup> CAMARGO SOBRINHO, op. cit., p. 165-167, nota7.

<sup>38</sup> SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 92. O autor faz referência ao art. 220 do Código Comercial, onde a exceção referida neste dispositivo pertine em contratos entre dois comerciantes e não os mantidos entre comerciante e não-comerciante. Note-se que tal dispositivo proíbe a rescisão, mas não a revisão.

De outro lado, a revisão das cláusulas contratuais é acolhida pelo art. 6º, inciso V, 2ª. parte, do Código de Defesa do Consumidor que determina: "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

O Código de Defesa do Consumidor dispõe como um dos direitos básicos do consumidor a revisão judicial de cláusulas que lhe são lesivas, "em razão de fatos posteriores, que no momento da assinatura do contrato o consumidor não teria condições de prevê-las, onerando-o de forma injusta e desproporcional."<sup>39</sup>

### Conclusões

A problemática da proteção ao consumidor que outrora era carente de normas específicas, encontra-se na atualidade amparada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, preocupa-nos a aplicação de uma hermenêutica capaz de influenciar sensivelmente na aplicação eficaz do nosso CDC, *a priori*, em face do encontro reiterado de cláusulas contratuais abusivas.

Em estudo muito breve relativo ao assunto, questionamos se seria preciso repensar as relações contratuais. A idéia tradicional do contrato, desenvolvida no século XIX, arraigada à autonomia da vontade, culminou por prejudicar o desenvolvimento de princípios contratuais, dentre eles o da tutela jurídica contra cláusulas abusivas.

As cláusulas abusivas destroem o dever de lealdade e colaboração, adjetivos da boa fé.

A presença da lesão<sup>40</sup> está correlacionada à existência da relevante desproporção das prestações, o que enseja prejuízo e exagerado lucro, além do estado de necessidade econômico de contratar acrescido da inexperiência do prejudicado.

Assim, entendemos ser de grande relevância prática o estudo aprofundado no que concerne aos princípios fundamentais dos contratos, especialmente os constantes nos mandamentos dos arts. 4º e 51 deste diploma legal.

É regra que os negócios jurídicos devem ser interpretados em função

<sup>39</sup> CAMARGO SOBRINHO, op. cit., p. 167, nota 7.

<sup>40</sup> O instituto da lesão é tratado no art. 157 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.



da boa fé. “É o princípio da boa fé que assegura a tutela da ordem, que, encarada do ponto de vista do Direito dos Contratos, será melhor designada de segurança”<sup>41</sup>.

O princípio da boa-fé como meio de controle das cláusulas contratuais abusivas pressupõe a adoção de uma hermenêutica prudente que possibilite a avaliação, em cada caso concreto, do alcance dos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Além de verificar a existência das formalidades essenciais para a validade dos negócios jurídicos, caberá ao intérprete verificar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações oriundas do contrato.

Em que pese o conceito de abusividade das cláusulas contratuais, do art. 51, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor, pode ocorrer que o consumidor pessoa jurídica, embora desfrute de maior poder econômico que seu fornecedor, tenha que se submeter às cláusulas contratuais por ele preestabelecidas. Por tal razão, o desequilíbrio das posições contratuais, entendidas estas como o conjunto de direitos e obrigações dos contraentes, origina-se da produção das cláusulas contratuais por apenas uma das partes contratantes, o leva à ocorrência de abuso nas cláusulas contratuais.

“A possibilidade de um dos contratantes predispor as cláusulas contratuais é fato criador do abuso, havendo a necessidade de se controlar o conteúdo das cláusulas contratuais.”<sup>42</sup>

Não se confunda o conceito de abusividade inerente às cláusulas contratuais com o conceito de abuso de direito, que se extrai do ar. 160, I, do Código Civil, posto que a abusividade possui atuação autônoma, diversa do abuso de direito. Este importa em uso excessivo de um direito. Aqui está presente a “ausência de interesse manifesto ou socialmente legítimo”<sup>43</sup>, enquanto que a abusividade não constitui utilidade alguma para seu titular em detrimento de interesses de terceiros.

Considerando-se a vinculação do princípio da boa fé com os princípios sócios econômicos inerentes ao ordenamento jurídico nacional atuando no âmbito da economia do contrato, entendemos que a boa fé não serve somente à defesa do hipossuficiente, mas atua também como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, onde poderá eventualmente prevalecer interesses contrários ao do consumidor.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>44</sup> nos dá exemplo pertinente, ao mencionar os contratos de adesão de consórcio para aquisição de bens, cláusula que limita a

---

<sup>41</sup> NORONHA, F. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147. <sup>42</sup> AMARAL JÚNIOR. Op. cit. nota 16.

<sup>43</sup> *Ibid.*, nota 16.

<sup>44</sup> AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. *A boa fé na relação de consumo*. In: *Revista direito do consumidor*. São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br>> Acesso em: 16 set. 2000.

devolução de numerário (devidamente corrigido) somente para o final do plano deve ser preservada, apesar de não satisfazer ao interesse do consorciado em obter a imediata restituição do que pagou, porquanto o interesse social mais forte reside na observação dos consórcios como um instrumento útil para a economia de mercado, facilitando a comercialização das mercadorias e estimulando a industrialização, finalidade esta que não deve ser desviada ou dificultada com o interesse imediatista do consumidor individual que se retira do grupo.

Referentemente a intervenção da economia no contrato, ocorrente com base na boa fé, poderá ocorrer uma modificação na intenção acordada, alterando a relação custo-benefício. Questiona-se se essa alteração pode levar a um agravo que modifique a relação custo-benefício de forma tão substancial que influa na avaliação da conveniência do negócio jurídico que está sendo realizado. É interessante este questionamento para se saber a intensidade da exigência no cumprimento dos deveres das partes, se tais deveres têm origem na boa fé ou diretamente do instrumento negocial.

Há diversos entendimentos a respeito. Interessante esclarecer que a distinção quanto à força vinculante dos deveres, conforme a origem que tenham, somente poderia ser aceita depois de admitido o pressuposto de que o princípio da boa-fé coloca-se em plano inferior ao da autonomia da vontade, quando, na verdade, ocorre exatamente o contrário: a autonomia da vontade é que deve ceder às exigências éticas da boa fé objetiva.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. *A boa fé na relação de consumo*. In: *Revista direito do consumidor*. São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br>> Acesso em: 16 set. 2000.
- AMARAL JÚNIOR, A. *A função da boa fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br>. Acesso em 16 set 2000.
- ARRUDA ALVIM, J. M. *et al. Código de defesa do consumidor comentado*, 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- AZEVEDO, A J. *Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BECKER, A. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BENJAMIM, A H. de V. e; GRINOVER, A P. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- BITTAR, C. A. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BOURGOIGNIE, T. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasilcon-Revista dos Tribunais, São Paulo: n. 2, p. 7-51, 1991.
- BRANDÃO, W. A. *Lesão e contrato no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- CAMARGO SOBRINHO, M. *Contratos de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. São Paulo: Intalex Informações Jurídicas Ltda., 2000.
- COSTA, J. M. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1984.
- DONATO, M. A Z. *Proteção ao Consumidor*. São Paulo: RT, 1993.
- DONNINI, Rogério Feraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FILOMENO, José Geral Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GOMES, O. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MARQUES, C. L. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no CDC: entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado*. *Revista Jurídica*, ano 47, n. 268, fev 2000, p. 39-71.
- NERY JÚNIOR, N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- NORONHA, F. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo:

Saraiva, 1994.

PASQUALOTTO, A. Defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 658.

PEREIRA, C. M. S. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.