

# A FUNÇÃO DA BOA-FÉ NO CONTROLE DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS\*

**Prof. Alberto do Amaral Júnior\*\***

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade de controle das cláusulas contratuais abusivas mediante o emprego do princípio da boa-fé, previsto no n. IV do art. 51 do CDC. A análise do alcance e extensão do princípio da boa-fé constante no n. IV do art. 51 somente poderá ser adequadamente feita à luz dos princípios estabelecidos pelo art. 4º do CDC.

O objetivo visado por este artigo é formular, a partir do texto legal, um critério que permita ao intérprete valer-se do princípio da boa-fé como instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas. Esta tarefa reveste-se de extraordinária importância prática, pois permite a juízes e tribunais considerarem abusivas determinadas cláusulas que, originariamente, não figuram entre as cláusulas expressamente mencionadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

A utilização do princípio da boa-fé como instrumento de controle das cláusulas contratuais inseridas nos contratos para o consumo possibilita, ademais, a compreensão do nexo de causalidade existente entre a boa-fé e o conceito de equilíbrio das posições contratuais, sem o qual não se pode entender a noção de abusividade encontrada no art. 51 do CDC.

Além disso, o emprego do princípio da boa-fé como meio de controle das cláusulas contratuais abusivas pressupõe a adoção de uma hermenêutica prudencial e finalística que esteja em condições de avaliar, em cada caso concreto, o alcance dos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Mais do que verificar o cumprimento dos requisitos formais para a validade dos negócios jurídicos, caberá ao intérprete apreciar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações resultante do contrato.

No âmbito da teoria geral do direito, procura-se distinguir entre regras e princípios jurídicos. Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de "tudo ou nada", que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete[1].

Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação jurídica especificada, o que significa, em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos.

O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações[2]. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras, embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente[3].

O art. 4º do CDC estabelece diversos princípios que devem orientar o legislador na elaboração da política nacional de proteção ao consumidor servindo, ao mesmo tempo, como pautas que iluminam a interpretação das relações de consumo. O que se quer

afirmar, com isso, é 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 institui, como princípio que deve balizar a orientação do intérprete, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Em primeiro lugar, é possível falar em uma vulnerabilidade econômica do consumidor. Esta vulnerabilidade tem lugar no momento em que se verifica a transformação do mercado concorrencial clássico, que dominou às economias no séc. XIX.

Como se sabe, o século passado não registrou o aparecimento da proteção ao consumidor, como preocupação do pensamento econômico liberal.

Nas economias tipicamente concorrenciais, caracterizadas pela presença de grande número de produtores isolados, o consumidor era a figura central da atividade econômica. A produção era determinada pelo consumo obedecendo, rigorosamente, aos impulsos provenientes do mercado. A passagem do mercado concorrencial para as economias reguladas da segunda metade do séc. XX, alterou profundamente este quadro.

A formação de grandes conglomerados, a alteração dos mecanismos de formação dos preços e a montagem de vastos aparatos publicitários capazes de criar desejos e forjar necessidades trouxe à baila a problemática da proteção ao consumidor, como elemento indispensável da evolução econômica atual. No novo cenário econômico, criado a partir dos anos trinta, o consumidor torna-se alvo de toda a sorte de pressões externas. A produção passa a determinar o consumo estimulando, artificialmente, novas necessidades de tal modo que se pode prever, antecipadamente, o que será ou não consumido. Tudo isso colocou o consumidor, principalmente o consumidor pessoa física, em posição de subordinação estrutural em relação aos grandes conglomerados econômicos modernos. Se é verdade que, com o alargamento do espectro da proteção ao consumidor, muitas vezes o consumidor pessoa física jurídica não se encontra em posição de subordinação estrutural, é preciso reconhecer, entretanto, que, não raro, o consumidor pessoa física - eixo em torno do qual se estrutura a proteção do consumidor - revela indisfarçável vulnerabilidade no mercado de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor localiza-se não apenas no plano econômico, estendendo-se ao domínio técnico-profissional. Nesse campo, o consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços.

A complexidade da produção moderna constitui, ademais, fator que amplia o desconhecimento dos consumidores sobre as técnicas empregadas pelos fornecedores. A sofisticação tecnológica dos bens colocados no mercado exige maciços investimentos em pesquisas, na busca de novos materiais e no constante aperfeiçoamento dos produtos. A eficiência da produção requer verdadeiro complexo de especialistas, técnicos, engenheiros, economistas, administradores de empresas e publicitários, que cuidam desde os estágios iniciais de obtenção da matéria-prima ao exame das potencialidades do mercado consumidor.

No plano jurídico, todavia, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa.

Os contratos individuais, regulados pelos códigos do séc. XIX, fundam-se em dois princípios básicos: liberdade contratual e autonomia das partes.

O princípio da liberdade contratual compreendia a faculdade conferido a cada sujeito jurídico de decidir sobre a conveniência de contratar, a possibilidade de escolher a contraparte e de optar pelo tipo contratual mais adequado para satisfazer os interesses dos operadores econômicos em causa. Já o princípio da autonomia das partes indicava que os sujeitos jurídicos eram livres para estabelecer o conteúdo mais adequado ao tipo de operação que pretendiam realizar. A auto-regulação dos interesses, efetuada pelo regulamento contratual, decorre, assim, do reconhecimento do princípio da autonomia da vontade, segundo o qual a vontade é causa geradora de efeitos jurídicos e não efeito de outras causas.

A transformação econômica, que culminou com a passagem das economias concorrenciais do séc. XIX para as economias oligopolizadas do séc. XX, relativizou os princípios sobre os quais se havia estruturado a teoria clássica dos contratos. A escolha da contraparte nas relações negociais deixa de ter sentido no momento em que algumas atividades são exercidas em caráter monopolista. Do mesmo modo, a escolha do tipo contratual perde a antiga importância com a proliferação das cláusulas contratuais uniformes que tornaram praticamente idênticos os contratos celebrados dentro de determinado setor entre fornecedores e consumidores.

O traço essencial dos contratos de massa, porém, é a predisposição unilateral das cláusulas contratuais, em nítida oposição à discussão do conteúdo do contrato, ocorrida no modelo contratual clássico. 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. Este fenômeno, que ficou conhecido como standardização dos contratos, está na origem da expansão empresarial moderna ao possibilitar a racionalização dos custos, eficiência gerencial e economia de gestão.

A standardização das cláusulas contratuais afetou os processos de formação e conclusão dos contratos. Ao limitar a liberdade de negociação dos prepostos da empresa, a predisposição unilateral das cláusulas contratuais possibilitou economia de tempo, submetendo a celebração dos contratos a uma estratégia comum, que dá sentido e coerência à atividade empresarial[4].

De forma análoga, a proliferação das cláusulas contratuais uniformes constituiu-se em mecanismo de prevenção de futuras controvérsias mediante a regulamentação analítica e pormenorizada das situações previstas no regulamento contratual. Além disso, a standardização dos contratos permitiu que se quantificasse cada elemento capaz de figurar como ativo ou passivo no balanço da empresa.

A funcionalização do contrato às necessidades empresariais ensejou o aparecimento e proliferação de cláusulas contratuais abusivas em prejuízo do consumidor. Com isso, não se quer afirmar que a predisposição unilateral das cláusulas contratuais é em si mesma abusiva, mas que a sua ocorrência normalmente provoca abusos, que podem e devem ser corrigidos.

Este fato sugere a necessidade de se criar formas de controle das cláusulas contratuais abusivas, que se baseiam nas relações contratuais de massa e não nas trocas individualizadas do passado. Os códigos clássicos preocupavam-se, tão somente, em estabelecer o modelo jurídico apropriado para a realização da operação econômica visada pelas partes. Se os contratantes quisessem realizar a venda de determinado bem, constituir uma sociedade ou prevenir-se contra um risco futuro, deveriam, para tanto, valer-se do contrato de compra e venda, do contrato de sociedade e do contrato de seguro. Os códigos do século XIX procuravam estabelecer a forma e não controlar o conteúdo das operações econômicas.

O controle dos negócios jurídicos fazia-se, nessa ótica, por intermédio dos instrumentos tradicionais do direito privado, como é o caso dos vícios redibitórios, ou das chamadas cláusulas gerais da legislação, *bons costumes*, ordem pública e boa-fé.

O princípio da boa-fé, por exemplo, consagrado pelo § 242 do BGB, foi largamente utilizado pelos tribunais alemães para se efetuar o controle das cláusulas contratuais abusivas[5]. Na primeira metade deste século, surgiu na Alemanha intenso debate sobre o alcance do princípio da boa-fé. Apesar de determinada corrente doutrinária sustentar que o princípio da boa-fé aplicava-se somente ao adimplemento das obrigações, os tribunais alemães estenderam a sua aplicação ao estágio de formação dos contratos[6].

A jurisprudência alemã considerou, ainda, que o princípio da boa-fé aplicava-se não apenas à relação concreta deduzida em juízo mas à multiplicidade das relações contratuais predispostas pela empresa. Apesar disso, na própria Alemanha foi logo sentida a necessidade de se criar novas formas de controle das cláusulas contratuais abusivas. Tal foi o que aconteceu com a edição da AGBG, em 9.12.76.

O novo diploma legal instituiu uma lista de cláusulas contratuais expressamente proibidas e outra de cláusulas contratuais que podem ou não ser consideradas proibidas, após o exame da globalidade do contrato. Na sistemática introduzido pela AGBG, o princípio da boa-fé passou a ter importância decisiva como cláusula geral destinada a conferir ao intérprete poderoso instrumento para avaliar a licitude das cláusulas contratuais. Determinadas cláusulas contratuais que não se encontravam entre as cláusulas expressamente proibidas e que não puderam ser enquadradas no âmbito das cláusulas relativamente proibidas, foram consideradas abusivas com base no § 9º, que instituiu o princípio da boa-fé como princípio geral de controle das cláusulas contratuais abusivas.

O Código de Defesa do Consumidor adotou, no art. 51, um rol de cláusulas abusivas, às quais são consideradas nulas de pleno direito. O elenco de cláusulas previsto no art. 51 não é taxativo, mas exemplificativo. Isto significa que outras cláusulas, ainda que não expressamente contempladas pelo art. 51, podem ser consideradas abusivas.

Ao contrário do sistema de controle instituído pela AGBG alemã, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu apenas uma lista de cláusulas expressamente proibidas. A mera introdução de tais cláusulas nos contratos para o consumo obriga o intérprete a decretar a sua nulidade, mesmo que o consumidor não a tenha suscitado.

Além da enumeração de um rol de cláusulas proibidas, o Código de Defesa do Consumidor instituiu uma cláusula geral, por meio da qual pode ser aferida a abusividade das cláusulas contratuais. Esta cláusula encontra-se no art. 51, IV do CDC.

A propósito, vale lembrar que o princípio da boa-fé expresso no n. IV do art. 51 é desdobramento natural do princípio da boa-fé previsto pelo art. 4º, III, do CDC. Nesse sentido, o art. 4º, n. III, consagra o princípio da "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores."

Já o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor determina a proibição das cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade." O § 1º do art. 51 determina que se presume exagerada, entre outras, a vantagem que:

I- ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II- restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso".

A análise do art. 51, IV, à luz do princípio da boa-fé consagrados no art. 4º, III do CDC, permite concluir que o núcleo do conceito de abusividade das cláusulas contratuais do art. 51 está na existência de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor. A desvantagem exagerada resulta do desequilíbrio das posições contratuais, que pode ou não ser consequência direta da disparidade de poder econômico entre fornecedor e consumidor.

Pode suceder em certos casos, que o consumidor pessoa jurídica, não obstante desfrute de maior poder econômico que seu fornecedor, tenha que se submeter às cláusulas contratuais por ele predispostas. Por esse motivo, o desequilíbrio das posições contratuais decorre do monopólio de produção das cláusulas contratuais por um dos contraentes. Por posição contratual deve-se entender o complexo de direitos e obrigações das partes resultantes da celebração do contrato.

É a faculdade de prédispor unilateralmente as cláusulas contratuais que enseja a possibilidade da ocorrência do abuso, sugerindo a necessidade de controle do conteúdo das cláusulas contratuais. O conceito de abusividade das cláusulas contratuais tem, portanto, âmbito próprio de atuação, não se confundindo com o conceito de abuso de direito, que pode ser extraído do art. 160, I do CC.

"Dentre todos os testes empregados para o reconhecimento dessas disfunções, caracterizadoras do abuso de direito, importa sublinhar aqui o da ausência de interesse manifesto ou socialmente legítimo no exercício do ato ou no desempenho da atividade. O ato é abusivo quando destituído de qualquer utilidade para o seu titular e potencialmente danoso para a coletividade; ou, então, quando há uma desproporção grosseira entre a utilidade retirada da atividade pelo agente e o custo social dessa atividade, em termos de sacrifício de interesses alheios"[Z].

Quando o Código de Defesa do Consumidor procura reprimir as cláusulas contratuais abusivas, o que se tem em vista não é evitar o abuso de direito, mas busca-se impedir a estipulação de cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

A análise dos princípios estabelecidos pelo art. 4º e pelo art. 51, IV do CDC autoriza a conclusão segundo a qual o equilíbrio nas relações de consumo é princípio básico que o código houve por bem estabelecer. Não se trata, como é óbvio, de equilíbrio das posições econômicas, mas de equilíbrio das posições contratuais, o que significa, em outras palavras, evitar que a predisposição unilateral das cláusulas contratuais degenerem em abuso. É nesse sentido que deve ser entendida a parte final do n. III do art. 6º do CDC, que assegura ao consumidor a liberdade de escolha e a igualdade nas relações contratuais.

Este fato permite compreender que o equilíbrio nas relações de consumo é o núcleo do princípio da boa-fé inscrito no art. 4º, III e no art. 51, IV do CDC.

A doutrina procura distinguir a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. Enquanto a primeira se refere à consciência ou convicção de prática de um ato conforme ao direito, a boa-fé objetiva se refere a uma regra de conduta que impõe às partes determinado comportamento.

Quando o vendedor aliena certo bem ignorando a presença de vícios ocultos, fala-se de boa-fé subjetiva por parte do vendedor, que acreditava praticar o ato conforme ao direito.

Quando o art. 51, IV proíbe as cláusulas que violem à boa-fé, o objetivo é impedir a desobediência, por parte do consumidor fornecedor, de uma regra de conduta que deve orientar as relações de consumo. Trata-se, aqui, do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na imposição de uma regra de conduta, cujo fim é estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

O princípio da boa-fé objetiva foi, aliás, implicitamente reconhecido pela Constituição Federal, que no art. 3º, determina:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Constituir uma sociedade livre, justa e solidária."

A justiça e solidariedade nas relações de consumo, para usar os termos do art. 3º do texto constitucional, significa a repressão das cláusulas abusivas visando à obtenção do equilíbrio das relações de consumo.

A verificação do equilíbrio nas relações contratuais de consumo somente pode ser feita a partir da análise da globalidade do regulamento contratual. A verificação se determinada cláusula ameaça o objeto ou o equilíbrio do contrato ou, ainda, se mostra excessivamente onerosa para o consumidor exige que o intérprete aprecie a globalidade das relações contratuais. Aqui é preciso analisar a cláusula em questão em relação às demais cláusulas contratuais, apreciando-se, englobadamente, a totalidade das cláusulas contratuais.

Diversamente do que sucede com o rol das cláusulas expressamente proibidas, que considera as cláusulas contratuais isoladamente, o controle mediante o princípio geral de boa-fé impõe a necessidade de se analisar a cláusula em exame em relação às demais cláusulas contratuais e mesmo em relação ao contexto em que o contrato foi celebrado. Não é por acaso que a parte final do n. III do § 1º do art. 51 do CDC afirma que a vantagem é exagerada quando se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

O julgamento das cláusulas contratuais abusivas segundo o princípio geral de boa-fé instituído pelo art. 4º, III e art. 51, IV exigirá, por parte do intérprete nova postura que, apesar de largamente difundida nos países do foi até agora pouco desenvolvida pelos nossos juízes e tribunais. Refiro-me à substituição do raciocínio formalista pelo raciocínio teleológico na interpretação das normas jurídicas. A interpretação dos textos legais foi marcada, durante longo tempo, pela predominância do raciocínio formalista, de caráter lógico-dedutivo, que se baseava na mera subsunção do fato à norma, procedimento que se personifica no estilo de julgar consagrado pela escola da exegese.

O raciocínio de natureza teleológica ou finalística, ao contrário, enfatiza a finalidade que as normas jurídicas procuram atingir. Com isso, a relação concreta deduzida em juízo ultrapassa os seus limites formais para alcançar o conteúdo das prestações em causa. O ordenamento jurídico instaura, assim, novo estilo de julgar, que se preocupa com o conteúdo da operação econômica e não simplesmente com a sua forma.

É justamente nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor, no § 1º do art. 51, exige que o intérprete avalie o complexo das relações contratuais. A globalidade das cláusulas contratuais deve ser apreciada de forma finalística, verificando-se se o conteúdo do contrato se adequa aos princípios do art. 4º do CDC. A esse respeito, aliás, é preciso esclarecer que o código prevê regras hermenêuticas próprias para as relações de consumo, da qual fazem parte além do art. 4º e art. 6º, os arts. 47 e 51.

O Código de Defesa do Consumidor constitui microsistema normativo, com lógica própria e regras específicas aplicáveis às relações de consumo. Não se trata, nesse caso, da formação de sub-sistemas, pois normas gerais e normas especiais não se organizam segundo relações de subordinação, nem as segundas se submetem aos critérios estabelecidos pelas primeiras. O que ocorre, é a existência de um inter-sistema, ou seja, a relação entre sistemas de normas com base em seu conteúdo.

O Código de Defesa do Consumidor traça a disciplina específica das relações de consumo, cabendo ao Código Civil, no âmbito do direito privado, função residual, como aliás reconhece o art. 23 do CDC em relação aos vícios dos produtos ou serviços.

Por essa razão, não se aplicam às relações de consumo o art. 85 do CC e 131 do CCom., já que o Código de Defesa do Consumidor estabelece os critérios que deverão guiar o intérprete na apreciação do caso concreto.

---

## **NOTAS**

[1] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 5ª impressão, Londres, Duckworth, 1987, pp. 22 e ss.

[2] Jean Boulanger, "Principes Généraux Du Droit Positif, Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle" *offertes a Georges Ripert*, Paris, LGDJM, 1950, pp. 6.

[3] Eros Roberto Grau, "Contribuição Para a Interpretação E A Crítica Da Ordem Econômica na Constituição de 1988", tese de concurso, pp. 112-113.

[4] Enzo Roppo, trad. De Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes, Coimbra, 1988, pp. 311.

V- Enzo Roppo, *Contratti Standard*, Milano, 1975.

[5] S. Rodotà, "La Buona Fede" in

[6] C. M. Mazzoni, *Contratti di Massa e Controlli nel Diritto Privato*, Napole, 1975, pp. 167 e ss.

V- J. Braun, "Die Stellung des AGB -Gesetzes in Betriebs-Berater, 1979, cap. I.

[7] Fábio Konder Comparato, *Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pp. 346-347.

---

\* Palestra proferida no I Simpósio Internacional de Direito Bancário, realizado em março de 1998, em São Paulo.

**\*\* PROF. ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, "expert in Consumer Law" pela Universidade Católica de Louvain-la-Neuve, Bélgica, co-autor dos Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991 e autor do livro "A Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda", Editora Revista dos Tribunais, 1993.

Retirado de <http://cartamaior.uol.com.br/>