

QUESTÕES SOBRE A NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Danilo von Beckerath Modesto

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA MITIGAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. 3. FATO JURÍDICO: CLASSIFICAÇÃO, DEFEITOS, NULIDADES. 3.1. CLASSIFICAÇÃO. 3.2. DA INVALIDADE DO ATO JURÍDICO. 4. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 4.1. DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A massificação das relações de consumo é fenômeno novo, que surgiu, de forma inevitável, com o fomento das atividades capitalistas logo após as duas grandes guerras.

Na Era Feudal, conhecida equivocadamente como “idade das trevas”, as relações consumeristas eram necessariamente pessoais, onde o artesão produzia a exata peça que o cliente desejava, conforme as especificações que lhe eram dadas. O comércio era incipiente e a produção, deveras, restrita, máxime diante das constantes invasões bárbaras e da descentralização das nações em feudos autossuficientes.

Com o advento das Cruzadas, tal fenômeno começou a se reverter, incrementando-se o comércio “inter-feudos”, o que fincou as bases para o surgimento, *a posteriori*, da Revolução Industrial. Neste ponto, especificamente, começa a massificação das relações de consumo, atingindo seu ápice, após a Segunda Guerra Mundial.

As relações mudaram, criou-se uma massa uniforme de consumidores, com necessidades fictícias, inseridas em seu intelecto através do bombardeamento de informações pelas mídias. O Direito, como fenômeno social que é, negou-se a ficar alheio a esta nova realidade. Percebeu de

imediatamente a vulnerabilidade desta classe de consumidores e tratou de igualá-las à classe fornecedora, dispensando-lhe proteção legislativa. Na lição do emérito Rui Barbosa, seria “o tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam”.

No âmbito desta proteção, exsurge um regime jurídico novo, no ramo contratualista do Direito Civil, que consiste na fulminação de determinadas cláusulas consideradas abusivas, que ferem a equidade e a boa-fé, colocando o consumidor em manifesta desvantagem.

E, neste ponto, adentramos o objeto deste trabalho, esboçando o conceito e a natureza do ato jurídico, seus defeitos, a declaração de nulidade das cláusulas abusivas e suas conseqüências.

2. DA MITIGAÇÃO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS.

A extemporânea interpretação dada aos contratos, qual seja, de que as avenças fariam Lei entre as partes e, como resultantes de livre manifestação de vontade dos contraentes, deveriam ser cumpridas a qualquer custo, cai por terra diante da realidade fática (com a massificação do consumo) e jurídica (com o Código de Defesa do Consumidor).

Baluartes máximo daquela interpretação residia no postulado do *pacta sunt servanda*, ou “princípio da força obrigatória dos contratos”, assim definido, na lição de Orlando Gomes:

“O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é Lei entre as partes. (...) Cada qual que suporte os prejuízos provenientes do contrato. Se aceitou condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente, impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização, ou a libertação. *Pacta sunt servanda*. Ao Direito é indiferente a situação a que fique reduzido para cumprir a palavra dada.”ⁱ

Como se denota, tal pensamento não mais se coaduna com a realidade, onde se reconheceu, inclusive pela ONU, a notória vulnerabilidade

do consumidor. Tal situação de inferioridade se apresenta, hoje, em duas formas: vulnerabilidade técnica (quando o consumidor não conhece os meandros do sistema produtivo) e econômica (quando não dispõe do poderio monetário para efetivar seus direitos).

Portanto, mitigando-se este entendimento para adequá-lo à realidade sócio-econômica, criou-se, inicialmente, a **Teoria da Imprevisão**, que admite a alteração das cláusulas da avença se ocorrerem fatos **supervenientes** e imprevisíveis que, *per si*, alterem **substancialmente** o equilíbrio das obrigações assumidas. Neste sentido, leciona Orlando Gomes:

“Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias.”ⁱⁱ

Contudo, percebeu-se que a Teoria da Imprevisão ainda não atendia os ideais de equilíbrio entre as partes na relação de consumo. Cunhou-se, então, a chamada **Teoria da Quebra da Base Contratual** (ou quebra da base do negócio) que se distancia da anterior exatamente por não exigir a imprevisibilidade ou superveniência da situação desequilibradora para gerar o direito à revisão. Para esta teoria, adotada por nosso Código de Defesa do Consumidor, bastaria, tão somente, a existência de onerosidade despropositada, em prejuízo do consumidor.

Este novo regime frutificou e criou um novo tratamento dispensado aos contratos de consumo. Neste jaez, colacionamos a visão de renomado doutrinador:

“No novo regime ocorreram significativas mudanças: a) atenção do princípio da obrigatoriedade dos contratos, admitindo-se a modificação de cláusulas que contenham prestações desproporcionais (art. 6º, V, 1ª parte); b) o CDC ao adotar a teoria da quebra da base do negócio, permitiu a revisão de cláusula em razão de fatos supervenientes que ocasionem onerosidade excessiva (art. 6º, V, 2ª parte); c) a autonomia da

vontade foi reduzida mediante a previsão de nulidade das cláusulas abusivas; d) a garantia passou a ser regulada pela Lei (art. 24); e) a garantia contratual recebeu regulamentação adequada (art. 50 e parágrafo único) e tipificação penal (art. 74).”ⁱⁱⁱ (grifo nosso).

1. FATO JURÍDICO: CLASSIFICAÇÃO, DEFEITOS, NULIDADES.

Como pressuposto lógico deste trabalho, passaremos a analisar o ato jurídico, suas classificações e defeitos, enfocando a disciplina das invalidades, à luz do Direito Civil, para que possamos, posteriormente, transportar esses conceitos para a disciplina das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, analisando os efeitos da declaração de sua nulidade.

3.1. CLASSIFICAÇÃO.

Em nossa vida, existe uma multiplicidade de acontecimentos, *exempli gratia*, o nascer, morrer ou a queda de uma árvore. Entretanto, somente alguns destes fenômenos reverberam no mundo jurídico, criando direitos ou obrigações, pois se subsumem a uma norma hipotética, previamente editada pelo legislador, que lhe empresta conseqüências. A estes acontecimentos dá-se o nome de **fato jurídico**.

Orlando Gomes assim define o instituto:

“A expressão fato jurídico é empregada em dois sentidos: lato e restrito. no sentido lato, fato jurídico é todo acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a que o direito atribui efeito. No sentido restrito, é a declaração de vontade produtiva de efeitos reconhecidos pelo direito. Quando a expressão tem êste sentido especial se substitui pela de ato jurídico.”^{iv}

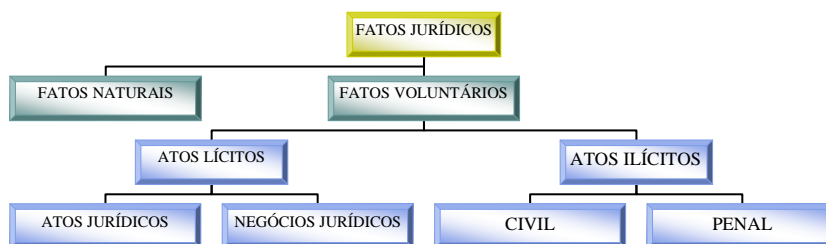
O fato jurídico, em relação ao concurso da vontade humana durante sua formação, pode ser subdividido em **fatos jurídicos naturais**

(acontecimentos naturais) e **fatos jurídicos voluntários** (decorrentes da conduta humana).

Os fatos voluntários lícitos, se produzem efeitos predeterminados pela Lei, são chamados de **atos jurídicos**. Caso contrário, se os efeitos são determinados pelo estipulante, como no contrato particular, dá-se o nome de **negócio jurídico**. Saliente-se que a velhusca diferenciação entre atos e negócios jurídicos, através do tipo de declaração de vontade (se bilateral ou unilateral), resta ultrapassada, pois não mais se presta para explicar alguns institutos, como o testamento, que é negócio jurídico, embora unilateral.

Os atos ilícitos, por sua vez, são os que contrariam o direito, ou, até mesmo, de acordo com o art. 187, do Novo Código Civil, os que extrapolam o exercício normal de um direito (p. ex. nas cláusulas abusivas, objeto deste estudo).

Esta é a classificação mais atual para o instituto do fato jurídico, resumido no seguinte diagrama, proposto por Sergio Cavalieri Filho^v:



3.2. DA INVALIDADE DO ATO JURÍDICO.

Iniciando-se pelo conceito de **invalidade**, podemos definir um ato como inválido se seu objeto for de encontro a uma norma, prescindindo dos requisitos indispensáveis à produção de efeitos, ou porque o agente afrontou a lei ou o ato não reúne as condições legais para uma emissão de vontade válida. Com o fito de se obter um paralelo, colacionamos a preciosa lição de

Caio Mário da Silva Pereira que, *a contrario sensu*, assim define o conceito de **validade**:

"A validade do negócio jurídico é uma decorrência da emissão volitiva e de sua submissão às determinações legais"^{vi}.

Em verdade, adotamos aqui o conceito de invalidade como gênero, já que se consubstancia com a sanção imposta a qualquer ato jurídico que contrarie disposição legal. Deste modo, podemos apontar como espécies de invalidade, em ordem crescente de gravosidade, a anulabilidade (nulidade relativa) e a nulidade (nulidade absoluta).

A **anulabilidade**, ou nulidade relativa, é uma forma de sanção menos severa, onde não se vislumbra, *prima facie*, o interesse público. A Lei civil, expressamente, destaca os vícios dos negócios jurídicos, passíveis de conduzi-los à anulação:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na Lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Endossando nosso entendimento, o insigne mestre Clóvis Bevilacqua, traz o seguinte conceito de nulidade relativa:

“São negócios que se acham inquinados de vício capaz de lhes determinar a ineficácia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se a sua normalidade.”^{vii}

A nulidade relativa, no entanto, somente poderá ser argüida pela parte interessada, não se admitindo, portanto, a declaração de ofício pelo magistrado. Conseqüentemente, não sendo o vício levantado em tempo hábil, operasse, sobre ele, o fenômeno da preclusão lógica, que afasta a incidência da invalidade.

Por outro lado, efetua-se a convalidação do negócio inquinado de vício relativo mediante confirmação, expressa, pela parte legítima, oferecida sob a mesma forma e solenidade que pairava sobre o ato a ser convalidado, gerando-se efeitos *ex nunc*.

Em relação à **nulidade absoluta**, procede-se de forma diversa, por possuir efeitos mais severos.

Primeiramente, por ser considerada matéria de ordem pública admite-se a decretação da nulidade *ex officio*, independentemente da vontade das partes, podendo ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Não pode ser confirmada, tampouco se convalida com o decurso do tempo. Não gera efeitos, bastando a declaração de nulidade para retirá-las do mundo jurídico, operando-se *ex tunc*, ou seja, desconstituindo as relações passadas.

O Novo Código Civil estabelece, em seu art. 166, as hipóteses de nulidade do negócio jurídico:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Alguns autores, ainda, admitem uma terceira hipótese, que consiste no **ato inexistente**, representativo da mera aparência de ato, na verdade um “fantasma jurídico”, incapaz de gerar qualquer efeito, que pode ser

repelido com a mera demonstração de sua inexistência. O ato inexistente seria um não-ato, pois lhe faltaria algum requisito de constituição.

Existem autores^{viii} que defendem que os atos jurídicos estão repousados em três planos, vale dizer, o plano da **validade**, da **existência** e da **eficácia**. Necessariamente para um ato ser considerado válido precisaria, antes, existir. O plano da eficácia diz respeito à capacidade que uma declaração de vontade tem de influenciar o universo jurídico. Atos ineficazes são os sujeitos, por exemplo, a termo inicial ou condição suspensiva.

2. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Na mesma via do movimento de defesa contratual do consumidor, surge a disciplina das chamadas cláusulas abusivas, definidas no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, como aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Contudo, tal rol é apenas exemplificativo, pois, através do art. 58, do Decreto nº 2.181/97, que regula o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o próprio Secretário Nacional de Direito Econômico tem autorização para editar portarias, apontando novas cláusulas que deverão ser consideradas abusivas.

Em sede de conceituação, nos reservamos a colacionar a lição do Prof. Nelson Nery Junior:

"Cláusulas abusivas são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas." ix

Em verdade, deve-se utilizar o **balizamento dos princípios norteadores do sistema de proteção contratual do código** para se definir o que seriam as cláusulas abusivas. Deste modo, do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, podemos extrair os seguintes princípios: princípio da vulnerabilidade do consumidor, princípio da boa-fé objetiva e princípio do equilíbrio contratual, comentados da seguinte forma, por Cláudia Lima Marques:

"O primeiro tem reflexo direto no campo de aplicação do CDC, isto é, determina quais relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e de seu sistema de combate ao abuso. O segundo princípio é basilar de toda a conduta contratual, mas aqui deve ser destacada sua função limitadora da liberdade contratual. O terceiro princípio tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, mas pode ser aqui destacada sua função de manutenção da relação no tempo." x

Denota-se, portanto, que, para efetivamente uma cláusula ser considerada abusiva, deverá ir de encontro a esses princípios, pois, muito mais grave do que infringir uma norma é contrariar os princípios que formam o arcabouço do sistema, que laboram como verdadeiro norte para sua interpretação e aplicação. É como entende Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".xi

Prova de que o legislador endossa este entendimento, é o art. 51, XV, da Lei 8.078/90, que estabelece como cláusulas abusivas aquelas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Ora, não se pode falar em sistema sem se tratar, primeiro, de princípios.

4.1. DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

A Lei 8.078/90 fulmina de nulidade as cláusulas contratuais tidas como abusivas. O Código de Defesa do Consumidor, inovando, utiliza a expressão “nulas de pleno direito”, que alguns entendem como destoante do sistema dicotômico do Código Civil mas, ao nosso ver, abarca as mesmas conseqüências da típica declaração de nulidade (nulidade absoluta).

Não sendo desta forma, a invalidação das cláusulas abusivas ficaria a cargo do fornecedor, que restaria desprovido de interesse para tanto, ou da manifestação do consumidor, o que o forçaria a ingressar em juízo para obter esta declaração, expondo ainda mais a sua vulnerabilidade.

Vale ressaltar que, antes da declaração de nulidade, a cláusula é **presumidamente** válida, gerando efeitos, muito embora estes sejam cassados com a declaração judicial de nulidade (pois se opera *ex tunc*).

A cláusula abusiva não opera efeitos **válidos**, nem ao passado nem ao futuro, não se convalida com o tempo e não pode ser suprida por ato judicial.

Saliente-se que o fato da cláusula abusiva ser considerada nula de pleno direito, não impede que esta produza efeitos. O que se deve ter em tela é que **eficácia** não pode ser concebida como sinônimo de **validade**, tampouco de **existência**. São planos distintos do mesmo objeto, conforme salientado.

Deste modo, uma cláusula nula poderá gerar efeitos, porque existe (existência) mas, por ser inquinada de vício irremediável, seus efeitos não serão válidos, nem eficazes.

Ressaltemos, ademais, que a nulidade destas cláusulas não extirpa o contrato, exceto quando sua retirada acarretar ônus excessivo a qualquer das partes. Em regra, as demais cláusulas permanecem válidas,

subsistindo o contrato, conforme art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, homenageando o **princípio da continuidade** (que aqui preferimos denominar de **princípio da preservação**).

5. CONCLUSÕES.

Ex positis, podemos extrair as seguintes conclusões acerca do tema das nulidades das cláusulas abusivas:

1. Tendo em vista a nova conjuntura econômica Pós 2ª Guerra, superou-se o postulado do *pacta sunt servanda* e da Teoria da Imprevisão, por inadequadas, e adotou-se a teoria da **Quebra da Base Contratual**, muito mais benéfica aos consumidores.
2. O fato jurídico, em relação ao concurso da vontade, pode ser subdividido em **atos jurídicos naturais** (acontecimentos naturais) e **atos jurídicos voluntários** (decorrentes da conduta humana). Se os fatos voluntários lícitos produzem efeitos predeterminados pela Lei, são chamados de **atos jurídicos**. Caso contrário, dá-se o nome de **negócio jurídico**.
3. São espécies de invalidade, em ordem crescente de gravosidade, a anulabilidade (nulidade relativa) e a nulidade (nulidade absoluta), sendo esta última passível de declaração de ofício pelo magistrado e não se sujeita a prazos.
4. Deve-se utilizar o **balizamento dos princípios norteadores do sistema de proteção contratual do código** para se definir o que seriam as cláusulas abusivas, levando-se em consideração o art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, onde se extraem os seguintes princípios: princípio da vulnerabilidade do consumidor, princípio da boa-fé objetiva e princípio do equilíbrio contratual.

5. A cláusula abusiva não opera efeitos **válidos** (plano da validade, não da existência), nem ao passado nem ao futuro, não se convalida com o tempo e não pode ser suprida por ato judicial.
6. Uma cláusula nula poderá gerar efeitos, porque existe (plano da existência) mas, por estar contaminada por vício irremediável, seus efeitos **não serão válidos**, tampouco eficazes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- i GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 24^a Ed., 2001.
- ii Ob. Cit.
- iii ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2003.
- iv GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Ed. Revista Forense. Rio de Janeiro. 1957.
- v CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Ed. Malheiros. São Paulo. 5^a ed. 2004.
- vi PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Ed. Forense.1997.
- vii BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo. 24^a Ed.
- viii MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ix NERY JUNIOR, Nelson, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1999.

x MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000.

xi BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 14^a ed. São Paulo. Malheiros.