

CAPÍTULO II

O SISTEMA DE NULIDADES DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC E A REVISÃO DE CONTRATOS

*Flavia Marimpietri**

Sumário • Introdução – 1. Identificação – 2. Nulidades de pleno direito X revisão dos contratos: 2.1. A tese do ato ilícito *lato sensu*; 2.2 A tese do abuso de direito; 2.3 A tese das nulidades relativas – 3. Diversidade de sanções – 4. O sistema de nulidades do art. 51 do CDC – 5. Conclusão – 6. Referências.

INTRODUÇÃO

A moderna economia trouxe consigo a necessidade de padronização e despesoalização das relações (em especial as contratuais). Neste contexto, tornou-se necessária a racionalização da atividade empresarial para o crescimento econômico, surgindo como um verdadeiro contingente da produção em escala e da economia de mercado um novo modelo contratual – o contrato de adesão.

Segundo Enzo Roppo apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy, esta padronização das relações permite o desenvolvimento da economia, planejamento da produção e dos custos, acelera a conclusão dos contratos e otimiza seu controle e, desta forma, previne litígios e reduz riscos adicionais. Este novo modelo contratual também traz benefícios, obviamente se assimilado dentro do limite traçado pela esfera dos princípios e mandamentos do Direito contemporâneo (GODOY, 2004, p. 5).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 8-40), deve-se reconhecer que, a despeito da sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social do contrato, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é um instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público. Mesmo em algumas modalidades contratuais, a exemplo daquelas pactuadas sob forma de adesão, onde o âmbito de atuação da vontade é sobremaneira diminuído, não pode-se negar a sua ocorrência, pois, ainda assim, o aderente tem liberdade de contratar ou não.

Na atualidade, a forma mais usual de contrato consumerista tem-se revestido sob a forma de adesão, sendo na seara de consumo regulamentado pelo CDC no art. 54.

* Mestra em Direito Econômico pela UFBA, professora universitária e advogada.

A modalidade adesiva de contrato é lícita e não significa falta de consentimento da parte contratante. Para Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 70-71), o contrato de adesão tem natureza jurídica de contrato (o que engloba a presença necessária do consentimento das partes), tendo como característica peculiar, contudo, a ausência de discussão preliminar sobre o conteúdo negocial, configurando-se, assim, como “técnica de conclusão de negócio e de disciplina de relações contratuais”. Vale dizer que, nos contratos de consumo adesivos, o consentimento também está presente, porém, em função das peculiaridades deste, o consentimento contratual essencial para a formação do negócio dá-se como ato de assentimento.

A falta da discussão das cláusulas contratuais entre as partes não invalida o contrato de adesão por falta de consentimento; apenas este, apesar de existente na hora da adesão ao pacto, possui pouca influência na elaboração das cláusulas. Para Thereza Christina Nahas (2002, p. 28), o contrato de adesão presente nas sociedades atuais não suprime a expressão da vontade; o que ocorre é que esta vontade vem de nova forma. O que saiu da esfera de controle das partes foi a possibilidade criadora de cláusulas, não a expressão da vontade, mesmo que esta expressão venha de forma reduzida a adesão ou não ao pacto.

O problema surge na ocorrência de maior possibilidade de abusos neste tipo de contrato, por meio das conhecidas “cláusulas abusivas”. Estas são inseridas no contrato, e provocam um rompimento no equilíbrio das partes e na equação contratual. A abusividade da cláusula, em geral, reside na imposição de um comportamento que traga vantagem desproporcional e imotivada a um dos contratantes, rompendo a base do negócio e desvirtuando a finalidade essencial do mesmo.

Segundo Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 99), na doutrina e jurisprudência moderna, o principal fundamento para a vedação das cláusulas abusivas, é o princípio da boa-fé objetiva. Note-se que, a despeito de estarem mais facilmente presentes nos contratos de adesão, as cláusulas abusivas podem existir em qualquer tipo de contrato de consumo, vez que a finalidade do sistema protetivo é o equilíbrio contratual em geral.

Reza o art. 51 do CDC, que quando da presença de cláusulas abusivas, o sistema consumeirista deve repudiá-las, impondo a nulidade de pleno direito ou absoluta. O problema central surge em saber como compatibilizar este tipo de sanção com o direito básico do consumidor de revisar contratos, conforme previsto no art. 6, inciso V do mesmo diploma legal.

1. IDENTIFICAÇÃO

O primeiro passo para compreensão da questão das nulidades reside em identificar a presença ou ausência de abusividade. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 1, 2) o problema inicial reside na determinação desta

abusividade, podendo o legislador optar por três caminhos: a) definir o conceito de abusividade; b) empregar cláusula geral de Direito para permitir, ao intérprete e aplicador da lei, o preenchimento do conceito de abuso de acordo com o caso concreto; c) enumerar os casos onde o abuso aconteceria (por presunção). Modernamente têm sido utilizadas, principalmente, as idéias de prejuízo substancial e inevitável, razoabilidade e inescrupulosidade. O sistema brasileiro optou por não definir a abusividade, elaborando um rol exemplificativo conforme o art. 51 do CDC, o qual contempla duas grandes cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: cláusula geral da lesão e cláusula geral da boa fé. A desconformidade entre a conduta prevista e a efetiva resulta na ilicitude da conduta.

Neste sentido, conclui (AGUIAR JR., 2006, p. 10-16), que são abusivas as cláusulas que caracterizam lesão ou violam a boa-fé objetiva, funcionando estas como cláusulas gerais de Direito, capazes de atingir situações não expressamente reguladas no contrato ou na lei. Mais adiante, aduz que as cláusulas abusivas podem ser controladas por meio de dois tipos de controle: interno (feito pelo próprio contratante) e externo (feito antes ou depois da celebração do contrato, pro via administrativa ou judicial). Por fim, ainda, que no tocante ao controle judicial, que o legislador ofereceu importantes ferramentas favoráveis ao consumidor, como a possibilidade de inversão do ônus probatório, o incentivo a criação de juizados especiais, a assistência jurídica gratuita ao consumidor carente e possibilitou a desconsideração da personalidade jurídica para a perseguição dos bens dos sócios para a efetiva reparação de danos etc.

É mister salientar, ainda, que as ditas cláusulas abusivas encontram-se dentro do contrato de consumo, o qual tem natureza de negócio jurídico. Este último, por sua vez, possui como elementos constitutivos a manifestação de vontade, o agente, o objeto e a forma. Sem a presença de todos estes, não pode se falar em negócio jurídico.

2. NULIDADES DE PLENO DIREITO X REVISÃO DOS CONTRATOS

A partir do panorama acima traçado, surgem algumas indagações, no sentido de ser o sistema de nulidades de pleno direito ou absolutas compatíveis com a possibilidade de revisão dos pactos de consumo. Alguns autores chegam a prelecionar que consideram-se como não-escritas (logo inexistentes) as cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo.

Segundo Orlando Gomes (1993, p. 488), a nulidade é incurável, o que significa que as partes não podem saná-la e nem ao juiz é lícito supri-la. Ora, a revisão conforme con-cebida pelo CDC prevê justamente a possibilidade do juiz rever as cláusulas contratuais e modificá-las para retirar o excesso ou abusividade, podendo o magistrado, inclusive, reformulá-las na sua redação. Seria, então, possível compatibilizar as nulidades absolutas do art. 51 do CDC com o princípio

da conservação dos contratos e do direito de revisão contratual? Qual a natureza jurídica das cláusulas abusivas? Voltemos às definições da teoria geral do direito, para buscarmos uma construção adequada.

Pode-se relembrar algumas definições gerais e outras referentes à seara contratual. Segundo Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 38-44), o sistema jurídico comporta atos jurídicos (independem da vontade humana) e atos jurídicos *lato sensu* (atos que dependem da vontade humana), sendo estes últimos os que interessam à nossa questão das cláusulas abusivas. O suporte fático da norma jurídica se traduz num fato, evento ou conduta que ocorre no mundo, e por ser considerada relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Assim, a conduta humana de pactuar vontades deixa de ser apenas um ato, para por incidência da norma, transformar-se em ato jurídico *lato sensu*. Outrossim, no negócio jurídico, o suporte fático do contrato possui dois fatos jurídicos como elementos, onde a falta dos quais implica em inexistência do ato: a proposta e a aceitação. Nos contratos de consumo, vê-se a presença da proposta (ligada diretamente ao princípio da vinculação da oferta) e da aceitação quando da assinatura do instrumento ou a concordância verbal; logo, não há que falar-se em inexistência.

Para Orlando Gomes (1993, p. 274-279), negócio jurídico é instrumento próprio da circulação dos direitos, de modificação intencional das relações jurídicas, sendo conceituado como ato de autonomia privada vinculante para os agentes, onde se regulamentam condutas a partir de interesses. Pode-se, então, definir o contrato de consumo como negócio jurídico bilateral. Neste contexto, o negócio jurídico reclama, não só a presença de declaração de vontade, agente, objeto e forma, mas uma “qualificação” destes elementos, transformando-os em manifestação de vontade livre e de boa-fé, agente capaz, objeto lícito, possível e determinado (ou, ao menos, determinável) e forma não vedada pela lei. Quando estes elementos deixam de ser “simples” para tornarem-se “compostos” (qualificados), o negócio, que antes era apenas existente, passa a ser autorizado pelo sistema jurídico a ser válido, ou seja, apto a produzir seus regulares efeitos.

Feitas estas considerações preliminares, é possível entender melhor as diversas posições da doutrina no tocante à natureza jurídica das cláusulas abusivas.

2.1. A tese do ato ilícito *lato sensu*

Segundo Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 238), existe uma categoria que poderia comprometer o regular desenvolvimento do ato – o chamado ato ilícito *lato sensu*. Este ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (culposa ou não), cause dano a outrem e implique em infração a dever absoluto (sujeito passivo indeterminado) ou relativo (sujeito passivo determinado, e em geral, relacionado com deveres contratuais). Logo, é possível afirmar que ato ilícito é ato jurídico que contraria o direito. Assim, quando o CDC estabelece princípios,

diretrizes e deveres, principalmente a boa-fé objetiva em sua tríplice função (padrão hermenêutico, fonte de deveres e integradora das normas), devem os contratos de consumo conter cláusulas que obedeçam a todos estes aspectos. Quando isto não ocorre, ou seja, quando um ato afronta uma norma (princípio, política ou regra) cogente, o ordenamento classifica este ato como ilícito e impõe uma sanção.

Não deve-se descartar a tese das cláusulas abusivas como ato ilícito *lato sensu*. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 12), as cláusulas abusivas do art. 51 do CDC são também ilícitas, porque contrárias ao Direito, enquanto conjunto de leis integrado por princípios gerais de moralidade e interesse público. Em linhas gerais, as cláusulas abusivas têm natureza jurídica de ato ilícito.

2.2. A tese do abuso de direito

Mister ainda colacionar a tese do abuso de direito. De acordo com tal entendimento, as cláusulas abusivas poderiam ser consideradas como abuso de direito, como categoria apartada do ato ilícito. O Título III do CC disciplina os atos ilícitos, comportando duas modalidades: o ato ilícito que nasce ilícito (art. 186), pois por ação ou omissão do agente viola direito ou causa dano, e o ato ilícito derivado do abuso de direito (art. 187), o qual nasce lícito e transforma-se em ilícito por desvio de finalidade (BRASIL, 2004b).

Para Cláudia Lima Marques (2003a, p. 625), ambos são repudiados pelo sistema jurídico, variando, contudo, a hipótese de incidência de cada um. O ato ilícito previsto no art. 186 é aquele que se mostra desconforme ao direito, e que provoca uma reação negativa no ordenamento. Este ato viola direito ou causa prejuízo, fazendo nascer a obrigação da reparação (responsabilidade). O ato ilícito previsto no art. 187 ocorre quando um ato inicial é tido como lícito, mas o modo excessivo do seu exercício ofende o ordenamento.

Esta linha de raciocínio, em verdade, corrobora com a tese sobre a ilicitude das cláusulas abusivas, pois poderíamos dizer que quando um fornecedor introduz num contrato de consumo (adesivo, na maioria das vezes) uma cláusula abusiva, há violação da proteção do vulnerável, ofensa à boa-fé objetiva e à harmonia nas relações de consumo etc. Logo, desta violação nasce o ato ilícito que faz com que essas cláusulas possam ser consideradas ilícitas, pois violam as regras e valores da ordem jurídica consumerista.

2.3. A tese das nulidades relativas

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 18), o Código Civil abarcou, sob o manto das invalidades, as chamadas nulidades e anulabilidades. A nulidade é decretável de ofício, independente de ação, enquanto a anulabilidade só pode ser alegada pelo beneficiário por meio de ação cabível. O ato anulável é ratificável

e eficaz até a sua anulação. Em linhas gerais, a nulidade de pleno direito corresponderia à nulidade absoluta, e a anulabilidade à nulidade relativa.

Desta forma, inicialmente, quando não existem defeitos ou vícios, os contratos são válidos; contudo, é preciso analisá-los à luz de seus efeitos e da sua função.

Aduz Calmon de Passos (2005, p. 27, 31) que o pensar jurídico deve ocorrer em função da consequência que deve se operar do ato. Havendo correspondência entre o suposto material verificado e o normativamente exigido, haverá o que chama de “tipicidade” ou “adequação”, o que acarretará o deferimento da consequência pretendida e a validade do ato. Haverá invalidade, contudo, se houver “atipicidade” ou “inadequação”. Na análise da validade dos negócios jurídicos, deve o intérprete analisar os seguintes aspectos: a) existência de vontade livre e sã dos pactantes; b) exercício da vontade deve estar dentro dos limites dados pelo direito; c) adequação entre o efeito pretendido/efetivado e o pactuado. Conclui-se, portanto, que presente a vontade das partes, sendo a mesma exercida de boa-fé, de forma livre e dentro dos limites dados pelo próprio sistema (a exemplo da função social) deve haver, em regra, uma adequação entre o pretendido e os resultados fáticos do contrato. Quando não houver esta adequação, a despeito da sua existência e validade, de acordo com o caso concreto, é possível haver ineficácia, ou seja, não produção dos efeitos regulares do contrato e dos efeitos queridos pelas partes.

A partir das lições dos diversos autores supra citados, pode-se concluir que, quando a despeito da vedação aos abusos, o fornecedor oferta ao consumidor um contrato onde existe uma cláusula portadora de uma vantagem excessiva, a despeito da presença da abusividade, houve uma proposta; pode ocorrer, contudo, que o consumidor, a despeito de muitas vezes enxergar esta abusividade, aceita o contrato como um todo, havendo declaração de vontade e aceitação. Logo, não há de se falar em inexistência do ato, e portanto, não pode ser a cláusula considerada, de plano, como inexistente ou não escrita.

Para Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 96-100), ao sofrer a incidência da norma jurídica, o fato/ato ingressa no mundo jurídico, adentrando o plano da existência; se existente, este fato/ato jurídico passará pelo crivo da perfeição ou imperfeição (defeito no sujeito, objeto ou forma) do ato, vez que, se considerado perfeito, adentrará o plano da validade. Ingressando na seara das cláusulas abusivas, a lesão que vicia o consentimento é causa de anulabilidade do negócio, e não de inexistência. Tal assertiva afigura-se correta, até porque o problema da lesão reside, não na inexistência da declaração de vontade, mas na falta de liberdade contida nesta declaração, principalmente, em face aos contratos de adesão que dominam a sociedade atual, onde o consumidor é muitas vezes motivado a contratar pela necessidade do bem, o que o faz concordar com algo que, em outras condições, não o faria. Note-se ainda que, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 372), para concepção da validade da declaração de

vontade, é preciso reconhecer nela a conjugação dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé.

A partir de tudo o quanto foi exposto, conclui-se que as cláusulas abusivas poderiam ser classificadas como atos anuláveis por nulidade relativa, dispensando o rótulo da nulidade de pleno direito equiparada à inexistência. A um, porque esta última dispensa de dilação probatória por não admitir prova em contrário, o que não corresponde à realidade dos nossos tribunais, onde a fase instrutória ocorre de forma consistente, oportunizando ao réu a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado, provando não ter havido a abusividade. O próprio CDC oportuniza este momento, quando prevê, no parágrafo 1º do art. 51, a presunção de vantagem exagerada, cabendo ao fornecedor demonstrar que esta não ocorreu. A dois, porque a nulidade absoluta pode ser decretada de ofício, o que não condiz com o texto do parágrafo 4º do mesmo artigo, que legitimam o consumidor e o Ministério Público a propor ação declaratória de nulidade de cláusula contratual quando não houver equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 440) a nulidade relativa (diferente da absoluta) não tem efeitos antes da coisa julgada e não poderá ser pronunciada de ofício, exigindo a provocação do judiciário.

Outrossim, pela atual redação do *caput* do citado artigo, havendo cláusula abusiva, estaríamos diante de um vício insanável que a fulminaria, sendo esta considerada nula de pleno direito e “não escrita”, de acordo com a doutrina. Thereza Christina Nahas (2002, p. 55, 93) afirma que, quando da ocorrência de uma situação fática que contrarie o sistema legal de proteção do CDC, pode o intérprete considerar esta cláusula como não escrita. Todo contrato que viole as normas do art. 51 do mesmo diploma legal, contém cláusulas nulas e consideradas não escritas, devendo haver substituição automática das mesmas. Ousa-se discordar da posição da autora.

Inicialmente, vale salientar que a questão em tela é por demais tormentosa na doutrina. A própria autora acima citada, a despeito de considerar o rol do art. 51 do CDC como causa de nulidade de pleno direito, a qual não admite prova em contrário, mais adiante, ao referir-se ao parágrafo 1º, que fala sobre vantagem excessiva, contradiz-se aduzindo tratar-se de uma “presunção relativa”, podendo o fornecedor fazer prova de que não obteve vantagem com o ato praticado. (NAHAS, 2002, p. 118) Aliás, esta “vantagem excessiva” deve ser apurada pelo juiz em razão da natureza do negócio, do interesse das partes e das peculiaridades do caso concreto, fatos estes que só podem chegar ao conhecimento do magistrado, pela instrução probatória.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que o que não está escrito, em verdade, não está presente no mundo dos fatos e, portanto, não existe. Note-se que estamos no campo do direito material, o qual trabalha apenas com a existência no plano

fático, diferente do direito processual que concebe a possibilidade da existência processual, sem que haja existência fática ou física. Neste contexto, o que é nulo de pleno direito, podendo ser até considerado inexistente, não tem existência neste mundo dos fatos, o que impossibilita sua revisão ou reavaliação. Tampouco admite prova em contrário por ser considerada uma presunção absoluta ou *juri et de juri*, a qual dispensa dilação probatória, o que não ocorre na vida prática judicial. Outrossim, note-se que as nulidades instituídas a favor do consumidor não serão decretadas quando provado o proveito da cláusula para o beneficiário.

Caso se insista na questão da nulidade absoluta, o problema continua sem solução no tocante à principiologia do CDC. Sendo a nulidade insanável e absoluta, não seria possível a compatibilização destas nulidades com o princípio da conservação dos contratos e revisão dos mesmos, uma vez que o CDC classifica como nulas de pleno direito as cláusulas apostas no art. 51, equiparando a doutrina estas nulidades à inexistência. Ora, repita-se que o que não está escrito no contrato, não pode ser revisto, pois jamais chegou a ser visto ou existente. Por exemplo, quando, no decorrer de um contrato, uma cláusula torne-se excessivamente onerosa para uma das partes, é possível sua revisão para o ajuste da essência do pacto, o que não quer dizer que tal cláusula tenha, antes do aparecimento deste excesso de onerosidade, sido viciada ou nula, tampouco inexistente.

3. DIVERSIDADE DE SANÇÕES

Outro interessante problema surge quando o legislador prevê em um mesmo artigo e um só tipo de sanção (nulidade de pleno direito) para situações fáticas diversas, que comportam respostas jurídicas também diversas. Dois exemplos são fornecidos por Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 21-22) extraídos dos incisos do art. 51 do CDC:

a) O inciso III, que transfere responsabilidades para terceiros, traz vício aparente onde a prova literal está no próprio instrumento contratual. A despeito da penalidade de nulidade ser de pleno direito, esta nulidade *in casu* pode ser afastada se, na situação concreta, ocorrer benefício para o consumidor. Sendo norma-objetivo, esta norma visa a proteção dos interesses econômicos do consumidor conforme art. 4º do CDC, onde a sanção de invalidade serve para proteger o mesmo dos defeitos extrínsecos do contrato. Ora, se a despeito deste defeito, nenhum prejuízo atingiu o consumidor, demonstrada a utilidade e o benefício aferido pelo contrato, não há de prevalecer a nulidade.

b) Os incisos IV (cláusulas incompatíveis com a boa-fé) e o XV (violem o sistema de defesa do consumidor), a despeito de serem consideradas pelo *caput* nulas de pleno direito (o que dispensaria a dilação probatória), necessitam de confronto com provas e análise das circunstâncias fáticas do contrato. Ademais, a nulidade como está posta pelo artigo não comporta sanção, o que não ocorre de

fato. Os incisos citados visam proteger o princípio da equivalência contratual, e por isso, admitem intervenção judicial para ajuste. Logo, uma vez restabelecidas a equidade e a boa-fé, não há razão para o reconhecimento da nulidade vez que o vício desapareceu.

4. O SISTEMA DE NULIDADES DO ART. 51 DO CDC

Sobre o sistema de nulidades aposto neste artigo, a despeito da confusão gerada pela terminologia aplicada, aduz Cristiano Heineck Schmitt (2006, p. 127-136) que o diploma consumerista utilizou mal a expressão “nulidade de pleno direito”, uma vez que esta terminologia traduz um “exagero”. Isto porque a expressão só pode ter sido usada na tentativa de reforçar o caráter de gravidade do defeito presente, e não no sentido técnico jurídico que dispensa a dilação probatória judicial em função de uma presunção absoluta, pois esta dilação é essencial para atividade hermenêutica do intérprete e para o seu convencimento. A solução trazida à baila estaria na combinação dos arts. 1º e 51 do CDC, no sentido de demonstrar a opção legislativa pela nulidade insanável, o que não resolve o problema.

A doutrina contudo, não é pacífica neste tocante. Posição inovadora é proposta por Nélson Nery Jr., com a qual, apesar de diferenciada, não se concorda, com a devinda vênua. Para este autor, as nulidades previstas no CDC teriam criado um “sistema próprio”, diferente do sistema geral previsto pelo direito civil e processual civil (GRINOVER, 1999, p. 490-491). Tal assertiva não afigura-se correta, pois tal conclusão fundada na alegação de que o sistema de nulidades varia de acordo com cada ramo do direito, não possui sustentação jurídica; pensa-se que a teoria das nulidades é uma e pertencente ao ramo da teoria geral do direito, podendo ser adaptada às vicissitudes de cada sub-ramo do direito, a exemplo do direito de família, comercial, tributário etc. Para Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2006, p. 20-24), não há razão para descartar a classificação proposta pela teoria geral do direito e criação de um novo sistema de nulidades para o CDC, devendo, portanto, as chamadas “nulidades de pleno direito” do art. 51, ser encaixadas no conceito de nulidades trazido pelo Código Civil. Parece-nos que o sistema consumerista (principalmente em face ao princípio da conservação dos contratos), visa a correção dos defeitos por meio de intervenção judicial equilibrada, a qual irá expurgar o vício e ajustar o contrato aos princípios e regras conformadores do sistema.

Ademais, o esquema da inexistência, validade e eficácia do ato jurídico é uno e pertencente à teoria geral do direito, o que significa que comporta adaptações em função das diversas áreas do direito, mas não cria um novo sistema de nulidades para cada ramo, muito menos, para cada sub-ramo, como o microsistema de consumo. A despeito do texto legal do art. 51 do CDC que prevê a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, Nélson Nery Jr. (GRINOVER, 1999, p. 490-491), chega a dizer que o aludido diploma legal afastou o sistema de nulidades

do código civil, superando a dicotomia entre nulidades relativas e absolutas. Indaga-se, contudo, com que substrato jurídico chegou-se a tal conclusão de que o sistema de nulidades vigente no macrosistema do direito civil estaria afastado dentro do seu microsistema de consumo?

Para Cláudia Lima Marques (2003b, p. 92), o caminho seria o “diálogo das fontes”. Vale dizer que, a base conceitual do Código Civil, pode ser integrada ao CDC, para dar conteúdo a conceitos postos de maneira aberta. Assim, podemos concluir que o sistema de nulidades não é definido pelo CDC, e sim, por definição atualizada pelo novo Código Civil de 2002.

Pensa-se que importante caminho pode ser analisado e construído a partir do pensamento do processualista Galeno Velhinho Lacerda (1976). Seu modelo aplicado às nulidades processuais pode ser transposto para a seara material, na qualidade de vetor hermenêutico na interpretação das nulidades colacionadas no art. 51 do CDC. A questão da invalidade estaria resumida em três categorias: as nulidades absolutas, que ocorrem quando há infração a normas cogentes com fins prevaletentes públicos; as nulidades relativas, que ocorrem por infração a normas cogentes, mas erigidas preponderantemente para o interesse da parte; por fim, as anulabilidades que ocorrem por infração a normas dispositivas construídas preferencialmente no interesse da parte. As nulidades absolutas são insanáveis, enquanto que, para as nulidades relativas e anulabilidades, o juiz pode agir de ofício para impulsionar sua sanção. Para o entendimento do regime de nulidades, o citado autor propõe a idéia de um “sobredireito” – interpretação teleológica das normas, dando prevalência àquelas que sufragam, em si mesmas, valores superiores.

Em outras palavras, seria a aplicação de regras e princípios maiores que poderiam revogar ou suprimir a incidência de regras menores, propondo assim, um modelo onde as nulidades quando menores que o valor a ser atingido pelo ato, possam ser relativizadas ou suprimidas, se o fim foi alcançado. Vale dizer que, se a despeito de ser taxada como nula de pleno direito, uma cláusula tida como abusiva pode ser modificada pelo juiz espancando o abuso ou, se beneficiou o consumidor no caso concreto, não há motivos para ser anulada.

5. CONCLUSÃO

Em suma, observa-se que o legislador não foi feliz com a expressão “nulidade de pleno direito”, uma vez que não se trata disto. Melhor seria se, no *caput* do art. 51 do CDC, ele vedasse as cláusulas abusivas e impusesse às mesmas a sanção da nulidade relativa. Desta forma, a cláusula seria inválida e ineficaz em virtude da abusividade, o que permitiria ao magistrado uma revisão da citada cláusula, para espancar esta abusividade, mantendo a essência do contrato, o que, aliás, é um dos objetivos da legislação consumerista – a conservação dos pactos.

Quando da reformulação da cláusula, a validade e a eficácia do contrato teriam plena operatividade.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995.

_____. “Cláusulas abusivas no Código do Consumidor”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994. p. 13-32.

BELTRÃO, Sílvio Romero. “Interpretação dos contratos”. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. “Interpretação dos contratos: diretrizes atuais”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4. (Séries Grandes Temas de Direito Privado).

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Livraria do Advogado, 2000.

CARVALHO JR., Pedro Lino. *A lesão consumeirista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LACERDA, Galeno Vellinho. “O código como sistema legal de adequação do processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1976.

MARIMPIETRI, Flavia. *Direito Material do Consumidor*. Salvador: Endoquality, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003a.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. v. 1. (Biblioteca de Direito do Consumidor).

- _____. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. X-Y, 2003b.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. São Paulo: LTr, 2002.
- NERY JÚNIOR, Néelson. “Comentários ao art. 51 do CDC”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 200. v. 27. (Biblioteca de Direito do Consumidor).
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.