

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE MARINGÁ**

**ANDRESSA MIWA ADACHI**

**REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA Nº 381 DO STJ:  
ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

**MARINGÁ  
2013**

**ANDRESSA MIWA ADACHI**

**REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA Nº 381 DO STJ:  
ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientadora: Priscila Kutne Armelin.

**MARINGÁ**

**2013**

## TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRESSA MIWA ADACHI

### REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA Nº 381 DO STJ: ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Maringá, de de 2013.

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, meu irmão, meu namorado que me incentivaram e apoiaram para que fosse possível a concretização desta monografia.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por tudo.

Aos meus pais Wilson Ossamu Adachi e Mary Hitomi Saito Adachi pelo amor, carinho, compreensão e pelo incentivo aos estudos.

Ao meu irmão Anderson Yukio Adachi por ser um grande amigo em minha vida.

Ao meu namorado Douglas Issamu Harada pelo companheirismo e por me dar forças nos momentos difíceis.

Aos professores deste curso pelo conhecimento a mim fornecido, especialmente à minha orientadora Priscila Kutne Armelin pela paciência e por acreditar neste trabalho.

À Escola da Magistratura pela oportunidade de realizar este curso.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR</b> .....	<b>10</b>
2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	10
2.2 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	13
<b>3 CONTRATOS DE CONSUMO</b> .....	<b>17</b>
3.1 CONCEITO.....	17
3.2 PRINCÍPIOS.....	19
3.2.1 Princípio da transparência.....	20
3.2.2 Princípio da boa-fé.....	21
3.2.3 Princípio da equidade ou equilíbrio.....	22
3.2.4 Princípio da confiança.....	23
3.3 CONTRATOS DE ADESÃO.....	24
3.3.1 Conceito.....	24
3.3.2 Regras aplicáveis.....	24
<b>4 CLÁUSULAS ABUSIVAS</b> .....	<b>28</b>
4.1 CONCEITO.....	28
4.2 CARACTERÍSTICAS.....	30
<b>5 SÚMULA N.º 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	<b>33</b>
5.1 ORIGEM.....	33
5.2 INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.....	39
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>50</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AERESP	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
AGRESP	Agravo Regimental no Recurso Especial
art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
ERESP	Embargos de Divergência em Recurso Especial
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## **REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA Nº 381 DO STJ: ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS**

**RESUMO:** A partir de estudos bibliográficos, análise em legislações, súmulas e jurisprudências, esta monografia realiza uma abordagem crítica da Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a vedação do magistrado em conhecer de ofício da abusividade das cláusulas presentes nos contratos bancários, sendo necessário que a matéria seja requerida pelo consumidor. O estudo mostra que esse entendimento sumular está eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade, eis que privilegiou as regras processuais em detrimento das regras materiais, beneficiando somente as instituições bancárias, de forma que afrontou e vem afrontando todo o sistema de proteção ao consumidor, especialmente quando o Estado mediante o Poder Legislativo garantiu à proteção contra a existência de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, determinando que sejam nulas de pleno direito, ou seja, mesmo sem pedido expresso da parte, o julgador deve conhecer de ofício, pois se trata de matéria pública e interesse social. Ademais, constata-se que retirando essa garantia dos consumidores referentes somente aos contratos bancários fere o princípio da igualdade e representa um retrocesso social. Para melhor compreensão do tema, antes de debater sobre os pontos controvertidos resultantes da mencionada súmula, é realizada uma exposição dos aspectos gerais da proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90); o conceito e os princípios básicos norteadores dos contratos de consumo; o conceito e as regras aplicáveis aos contratos de adesão; o conceito e as características das cláusulas abusivas; e a origem da súmula discutida.

**PALAVRAS-CHAVE:** consumidor – cláusulas abusivas – contratos.



## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo realizar uma abordagem crítica da Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos contratos de consumo, que possui a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Para tanto, inicialmente será tratado sobre os aspectos gerais da proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), apontando as principais normas que indicam a importância de proteger esse sujeito vulnerável nas relações de consumo, principalmente pelas mudanças ocorridas no modo de se comercializar produtos e serviços, bem como na sua formalização, o que suscitou no desequilíbrio de umas das partes nas negociações: o consumidor.

A seguir será abordado o conceito e os princípios básicos norteadores dos contratos de consumo (princípios da transparência, boa-fé, equidade ou equilíbrio, confiança), dando ênfase posteriormente sobre o conceito e regras aplicáveis aos contratos de adesão, que são as modalidades de contratos predominantes entre os consumidores e as instituições bancárias, marcados particularmente pela característica de serem elaborados somente por uma das partes com a aceitação da outra.

O conteúdo dos contratos de consumo será tratado em seguida, conceituando as cláusulas abusivas e listando as que estão expressamente previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de indicar suas essenciais características, como a determinação de que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito quando presentes nos contratos, ou seja, devem ser conhecidas pelo magistrado independentemente do requerimento do consumidor.

Na sequência, especialmente será discutido o foco principal desta pesquisa, a Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça, percorrendo sobre sua origem e demonstrando ulteriormente que ela fere todo o sistema de proteção ao consumidor, revelando ser ilegal e inconstitucional, além de representar um retrocesso no direito brasileiro, de forma que serão debatidos os pontos controvertidos resultantes deste verbete sumular.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e análise em legislações, súmulas e jurisprudências.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

### 2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com as mudanças sociais trazidas pela Revolução Industrial diante da globalização e da evolução tecnológica no processo de produção de bens de consumo, resultante da produção em escala, em que se privilegiou o lucro e a redução dos custos, desembocou as sociedades de massas. A massificação dos produtos e serviços alterou as relações de consumo, principalmente pela falta de paridade entre os sujeitos, em que os consumidores se limitavam a aceitar as condições impostas pelos fornecedores, tornando-se aqueles cada vez mais vulneráveis.

Diante desse cenário de preocupação social, tornou-se necessária a intervenção estatal nas relações consumeristas para criar normas e mecanismos que protegessem o consumidor. No Brasil, a tutela do consumidor, individual ou coletivo, recebeu uma significativa proteção com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo consagrado neste texto constitucional como um direito e garantia fundamental ao determinar que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, inciso XXXII). Consoante a autora Claudia Lima Marques:

Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).<sup>1</sup>

Isso significa que a defesa do consumidor é um dever do Estado no sentido de agir positivamente na sua implementação, sendo considerada como uma cláusula

---

<sup>1</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

pétreia, ou seja, não pode ser abolida da Constituição mediante proposta de emenda à Constituição, de acordo com o artigo 60, § 4º, IV<sup>2</sup>.

O doutrinador Bruno Miragem afirma que “o direito do consumidor, enquanto direito fundamental, justifica-se no reconhecimento de uma situação de desigualdade, à qual as normas de proteção do consumidor realizam a equalização de condições”<sup>3</sup>, ou seja, como o consumidor é parte vulnerável nas relações de consumo, houve a necessidade de reequilibrar essa situação.

De acordo com Claudia Lima Marques:

(...) como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor, seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeitos dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*).<sup>4</sup>

Por consequência, a fim de dar eficácia à norma constitucional do artigo 5º, inciso XXXII, a Carta Magna determinou expressamente que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”, constante no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nota-se que a defesa do consumidor como direito fundamental decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é previsto na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III<sup>5</sup>, funcionando como princípio estruturante, em que no Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana assume relevo como valor supremo de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana”.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>3</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 48.

<sup>4</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 32.

<sup>5</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>6</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 543.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana é uma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o fez merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão como os demais seres humanos<sup>7</sup>

Conferiu, ainda, a Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica no art. 170, inciso V<sup>8</sup>, ao lado da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros. Segundo o autor Antônio Carlos Efiging:

(...) a defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, busca equilibrar e completar, concomitantemente, a tutela da atividade econômica e a tutela da dignidade humana, a fim de que se tenha um ambiente propício ao florescimento de uma ordem econômica pautada no desenvolvimento social e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, verdadeiros objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I e II, da CF/1988).<sup>9</sup>

Dessa forma, infere-se que a Constituição Federal de 1988 concebe “o fenômeno da constitucionalização do direito privado”<sup>10</sup>, em que não foram somente regulamentados os direitos e garantias dos indivíduos e da coletividade perante o Estado, mas também nas relações privadas.

Além do mais, constata-se que a defesa do consumidor, como direito fundamental e princípio geral da atividade econômica, procede da observância da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

<sup>8</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor.

<sup>9</sup> EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

<sup>10</sup> BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

das desigualdades sociais e regionais; e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988).

## 2.2 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Apesar do atraso previsto pelo legislador constituinte, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado mediante a Lei n.º 8.078, a qual foi promulgada em 11 de Setembro de 1990, com sua entrada em vigor em 11 de Março de 1991.

O mencionado código possui normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do seu artigo 1º<sup>11</sup>, isto quer dizer que embora contenha normas de direito privado, são de interesse público, com caráter cogente, já que são indisponíveis e inafastáveis através de contratos, interessando mais à sociedade que aos particulares da relação de consumo.

Nesse sentido, as normas consumeristas são inderrogáveis pela vontade das partes nas relações de consumo, de modo a evitar abusos por parte dos fornecedores, equilibrando a relação contratual, conforme leciona o autor Antônio Carlos Efiging:

Quando o CDC preceitua o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social para reger as relações de consumo, quer o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais. Portanto, ao dispor de normas impositivas de ordem pública e interesse social, o CDC se sobrepõe à vontade das partes no intuito de promover a defesa do consumidor, não cabendo às partes da relação de consumo a derrogação de tais preceitos cogentes.<sup>12</sup>

Desse modo, verifica-se que no caso concreto, o magistrado deve aplicar essas normas de ofício, independentemente do requerimento das partes. Essa matéria de ordem pública e de interesse social é tão importante que não é atingida

---

<sup>11</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>12</sup> EFING, Antônio Carlos. **Direito do consumo**. 1. ed. (ano 2001), 8ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 34.

pela preclusão, de forma que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Ressaltando a defesa do consumidor como matéria de ordem pública e interesse social, observa-se a criação da Lei n.º 12.291, de 20 de Julho de 2010, que entrou em vigor nesse mesmo dia, determinando a manutenção obrigatória de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, em local visível e de fácil acesso ao público, para que o consumidor possa tirar dúvidas e se informar sobre seus direitos.

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor uma Política Nacional das Relações de Consumo, em que define os objetivos e princípios que devem ser observados no mercado de consumo, tendo por objetivos “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º, *caput* da Lei n.º 8.078/90).

Quanto aos princípios gerais da defesa do consumidor, foram definidos expressamente nos incisos do artigo 4º da Lei n.º 8.078/90. São eles:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
  - a) por iniciativa direta;
  - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
  - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
  - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
- III - 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 Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Na lição de Claudia Lima Marques<sup>13</sup> os princípios mencionados do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor podem ser denominados como princípio da vulnerabilidade (inciso I); princípio da defesa do consumidor pelo Estado (inciso II e VIII); princípio da boa fé objetiva e princípio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (inciso III); princípio da informação e educação (inciso IV); princípio da confiança ou princípio da segurança e qualidade (incisos V e VII); e princípio do combate ao abuso (inciso VI).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor é considerado como lei principiológica, sendo que para a interpretação, compreensão e aplicação das normas consumeristas devem ser observados os supramencionados princípios.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor apresenta alguns direitos básicos do consumidor, os quais são indisponíveis e que foram listados em seu artigo 6º:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX - (Vetado);
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

---

<sup>13</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 65-66.



Além disso, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 7º, *caput* prevê que esses direitos:

(...) não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Nesse diapasão, é importante destacar que na visão de Claudia Lima Marques<sup>14</sup>, dependendo da matéria analisada podem existir três tipos de “diálogo das fontes” entre o Código de Defesa do Consumidor e outras leis gerais ou especiais, como o Código Civil de 2002 e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85): a) diálogo sistemático de coerência, em que uma lei serve de base conceitual para a outra; b) diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, em que uma lei pode complementar a outra; e c) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, em que uma lei influencia a outra, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei.

Contudo, a mesma autora afirma:

(...) que o método do diálogo das fontes, por respeito aos valores constitucionais e direitos humanos que lhe servem de base, não deve, por exemplo, ser usado para retirar direitos do consumidor: o diálogo só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável, ou se transformará em analogia *in pejus*. A luz que ilumina o diálogo das fontes em direito privado é (e deve ser) sempre a constitucional, valores dados e não escolhidos pelo aplicador da lei – daí por que o resultado do diálogo das fontes só pode ser a favor do valor constitucional de proteção dos consumidores.<sup>15</sup>

Portanto, a fonte a ser aplicada nas relações de consumo deve orientar-se sempre na proteção do consumidor, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e a interpretação mais favorável ao consumidor.

---

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 123-128.

<sup>15</sup> MARQUES, Claudia Lima. et al. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme (Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

### 3 CONTRATOS DE CONSUMO

#### 3.1 CONCEITO

O contrato é conceituado de uma forma ampla como sendo “uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo para sua formação, do encontro das vontades das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados”<sup>16</sup>.

Em regra geral, incide nos contratos a liberdade contratual, fundada na autonomia da vontade das partes em estipular livremente seus interesses, aplicando-se princípio da *pacta sunt servanda*, em que os contratos fazem lei entre as partes contratantes, ou seja, o conteúdo das cláusulas inseridas no contrato deve ser respeitado e cumprido.

Contudo, a liberdade contratual e o princípio da *pacta sunt servanda* não são absolutos, esses paradigmas clássicos foram superados pelas novas premissas da teoria geral dos contratos, conforme aduz o doutrinador Bruno Miragem<sup>17</sup>, em que o Estado pode intervir nas relações contratuais, criando normas imperativas que atenda a função social do contrato, para atender o bem comum e aos fins sociais, bem como para garantir a harmonia e o equilíbrio contratual, importando uma relação justa entre os contratantes. Isso se trata do chamado dirigismo contratual ou intervenção estatal nos contratos, conforme menciona o autor Nelson Nery Júnior:

(...) *dirigismo contratual*, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar. [...] O dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.<sup>18</sup>

O Código de Defesa do Consumidor é uma das legislações específicas decorrentes do dirigismo contratual, já que as relações de consumo necessitaram da

---

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 20. ed. rev., aum. e atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

<sup>17</sup> MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 190.

<sup>18</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 511-513.

intervenção do Estado nos contratos, em razão do desequilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor.

Pode, então, serem estabelecidas normas de caráter público que relativizam a liberdade contratual, no intuito de proteger o consumidor, restabelecendo o equilíbrio nas relações de consumo, bem como ser flexibilizado o princípio da *pacta sunt servanda*, ao determinar que seja reconhecida a nulidade de cláusulas abusivas presentes nos contratos, bem como ser aplicado, eventualmente, o princípio do *rebus sic stantibus*, consistente na modificação ou revisão judicial dos contratos em relação às cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes, como se depreende da lição de João Batista de Almeida<sup>19</sup>.

Os contratos de consumo são caracterizados como aqueles em que estão presentes os elementos: consumidor, fornecedor, produto ou serviço, e ainda, o elemento teleológico da destinação final, sendo que com a presença de todos eles será aplicado o Código de Defesa do consumidor, e inexistindo qualquer deles, outras legislações, como o Código Civil. Infere-se “o CDC admite indistintamente as diversas modalidades de contratação: por escrito, verbal, por correspondência, por adesão, pela Internet etc.”<sup>20</sup>

Destaca-se que consumidor nos contratos está definido no artigo 2º, *caput* e parágrafo único do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

E o conceito de fornecedor está no artigo 3º, *caput* do CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>19</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139-140.

<sup>20</sup> *ibidem*. p. 144.

Por consequência, segundo João Batista de Almeida, não são submetidos ao Código de Defesa do Consumidor as relações negociais:

a) em que uma das partes não é consumidor ou fornecedor, segundo os conceitos dos arts. 2º e 3º, podendo haver, no caso, uma relação civil, mas não de consumo; b) de prestação de serviços sob vínculo trabalhista, que envolve empregador e empregado e tem regulação própria na CLT, além da expressa exclusão legal no ar. 3º, § 2º, final; c) na localização de imóveis, que goza de regulamentação específica e é protagonizada por partes definidas como locador e locatário; d) nas obrigações condominiais, por não se tratar de relação de consumo e sim relação de propriedade comum, envolvendo adquirentes das unidades de determinado móvel, qualificados como condôminos e sujeitos ao Código Civil e à respectiva convenção; e, por fim; e) nos serviços notariais, tabelionato e cartório (REsp 625.144/SP)<sup>21</sup>

O mesmo autor trouxe, ainda, alguns exemplos de contratos de consumo:

São típicas das relações de consumo, e submetidas, portanto, às normas do CDC, as seguintes modalidades de contrato: administração de consórcio, bancários, financiamento, arrendamento mercantil, fornecimento de serviços públicos, compra e venda com ou sem alienação fiduciária, seguro, seguro-saúde (operadoras de planos privados de assistência à saúde – Lei n. 9.656/98), hospedagem, depósito, estacionamento, turismo, transporte e viagem.<sup>22</sup>

Dessa forma, para ter conhecimento se um contrato é regulado pelo Código de Defesa do Consumidor devem ser observados os requisitos específicos que caracterizam um contrato consumo, conforme exposto acima.

### 3.2 PRINCÍPIOS

Os princípios são importantes para interpretação, compreensão e aplicação das normas jurídicas. Segundo o doutrinador Rizzato Nunes:

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupada posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

[...]

Percebe-se, assim, que os princípios exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e

<sup>21</sup> ALMEIDA, João Batista de. op. cit. 140-141.

<sup>22</sup> ibidem. p 145.

iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Por serem normas qualificadas, os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante.<sup>23</sup>

A seguir serão tratados os princípios básicos norteadores do contrato de consumo: o princípio da transparência, o princípio da boa-fé, princípio da equidade e princípio da confiança.

### 3.2.1 Princípio da transparência

O princípio da transparência significa “informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”<sup>24</sup>

Esse princípio está previsto no artigo 4º, *caput* do CDC<sup>25</sup> e reflete entre outros dispositivos do mesmo diploma, como o dever de informar quando da oferta (artigo 30<sup>26</sup>) ou quando da elaboração do contrato (artigo 46<sup>27</sup>).

Segundo a autora Claudia Lima Marques:

(...) como reflexos do princípio da transparência temos o novo *dever de informar* o consumidor, seja através da *oferta*, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio *texto do contrato*, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54, § 3º), devendo o fornecedor “dar oportunidade ao consumidor” conhecer o

<sup>23</sup> NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-50.

<sup>24</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 595.

<sup>25</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]

<sup>26</sup> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

<sup>27</sup> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato por decisão judicial não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado.<sup>28</sup>

Assim, o princípio da transparência nada mais é que a atuação sincera e o dever do fornecedor informar ao consumidor as características do produto ou serviço, bem como o conteúdo do contrato, tanto na fase inicial como na contratação propriamente dita, evitando, assim, lesões ao consumidor.

### 3.2.2 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé funda-se na busca da harmonia nas relações entre consumidor e fornecedor, exigindo a boa-fé objetiva, isto é, a honestidade entre as partes nas relações pré-contratuais, formação e execução dos contratos de consumo, elidindo o comportamento da parte em querer vantagens abusivas exageradas. Esse princípio está previsto no artigo 4º, inciso III do CDC<sup>29</sup>.

O doutrinador Bruno Miragem ensina que:

(...) o princípio da boa-fé objetiva implica na exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro. O exercício da liberdade de contratar, ou dos direitos subjetivos de que se é titular por força da lei ou do contrato, não podem se dar em vista exclusivamente, dos interesses egoísticos de uma das partes. Ao contrário, a boa-fé objetiva impõe que ao atuar juridicamente, seja levado em consideração também os legítimos interesses alheios, de modo a evitar seu desrespeito.<sup>30</sup>

Além de a boa-fé objetiva exercer uma função de princípio, também está inserida no Código de Defesa do Consumidor como uma cláusula geral a ser observada pelas partes na relação de consumo (artigo 51, inciso IV<sup>31</sup>). Claudia Lima Marques afirma:

---

<sup>28</sup> MARQUES, Claudia Lima. op. cit. p. 599.

<sup>29</sup> III - 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 Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

<sup>30</sup> MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 110.

<sup>31</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que

(...) o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positividade do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.<sup>32</sup>

Dessa forma, um dos principais princípios que norteiam os comandos do Código de Defesa do Consumidor é representado pela boa-fé, tanto que o legislador preocupou-se em constar expressamente nos artigos mencionados acima, conforme exposto.

### 3.2.3 Princípio da equidade ou equilíbrio

O princípio da equidade também está previsto no artigo 4º, inciso III, do CDC<sup>33</sup> e consiste no equilíbrio entre direitos e deveres dos sujeitos na relação de consumo, de modo a existir a justiça contratual, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor. Em razão disso, por exemplo, são proibidas as cláusulas abusivas, pois geram somente vantagens para uma das partes, no caso o fornecedor.

Dessa forma, pode-se afirmar que esse princípio decorre do princípio da igualdade substancial, consistente na igualdade não só perante a lei (de direitos e deveres), mas na igualdade de oportunidades, isto é, no tratamento equânime e uniformizado das pessoas nos aspectos sociais e jurídicos. Consiste na máxima aristotélica de “tratamento *igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*”<sup>34</sup>, ou seja, os consumidores devem ser tratados de forma desigual a fim de conseguir essa igualdade.

Na lição de Dirley da Cunha Júnior:

---

coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

<sup>32</sup> MARQUES, Claudia Lima. op. cit. p. 185-186.

<sup>33</sup> III - 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 Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

<sup>34</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 131.

Mas a Constituição de 1988 não se contentou com a igualdade formal. Foi mais além, para também consagrar a igualdade *material*, na medida em que elegeu como objetivo fundamental do Estado *erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III); como finalidade da ordem econômica *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170) e como objetivo da ordem social o *bem-estar e a justiça sociais* (art. 193). Nesse passo, a Constituição preocupou-se em garantir a todos *igualdade de oportunidades*, abrindo um especial espaço para a adoção de *ações afirmativas*, que consiste num conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes da marginalização social. Essas ações afirmativas inserem-se no âmbito de uma *política social de discriminação positiva*, voltada a corrigir desigualdades históricas.<sup>35</sup>

Ademais, ao lado da boa-fé objetiva, o equilíbrio constitui uma obrigação a ser observada pelas partes na relação de consumo como cláusula geral, de modo a gerar uma série de deveres anexos aos contratos (artigo 51, inciso IV, do CDC<sup>36</sup>).

Bruno Miragem conclui que:

O princípio do equilíbrio em direito do consumidor, assim, revela-se ao lado do princípio da vulnerabilidade, como resultado do reconhecimento da desigualdade do consumidor nas relações de consumo, e a necessidade de sua proteção pelo direito, cuja finalidade específica será a de garantir o equilíbrio dos interesses entre consumidores e fornecedores.<sup>37</sup>

Deste modo, verifica-se que esse princípio é um dos mais importantes no âmbito dos contratos de consumo, protegendo a vulnerabilidade do consumidor, de forma a garantir o equilíbrio contratual.

### 3.2.4 Princípio da confiança

Por fim, o princípio da confiança decorre da vulnerabilidade do consumidor, já que ele não possui conhecimentos técnicos e específicos sobre determinado produto ou serviço ou modo de contratação, confiando-se, assim, no fornecedor para satisfazer sua necessidade no mercado de consumo.

Dessa forma, Claudia Lima Marques leciona que:

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit. p. 681.

<sup>36</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

<sup>37</sup> MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 114.



No sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na *prestação contratual*, na sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se espera, irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na *segurança* do produto ou do serviço.<sup>38</sup>

Assim, conseqüentemente, esse princípio visa evitar riscos e prejuízos decorrentes dos produtos e serviços ofertados pelo fornecedor mediante a publicidade e a oferta, assegurando ao consumidor os meios adequados quando violada a confiança, como o ressarcimento.

### 3.3 CONTRATOS DE ADESÃO

#### 3.3.1 Conceito

Na concepção tradicional dos contratos, os chamados contratos paritários:

as partes interessadas colocam-se em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia da vontade, e discutem os termos do contrato eliminando os pontos divergentes mediante transigência mútua. Os interessados livremente se vinculam discutindo amplamente e fixando as cláusulas ou as condições que regerão a relação contratual.<sup>39</sup>

Ocorre que com a massificação dos produtos e serviços, os contratos de consumo passaram em sua maioria a ser despersonalizados e formulados em série a fim de agilizar as negociações. Nesta situação, o Estado, tendo em vista suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, bem como os fornecedores, formulam previamente seus contratos, de forma unilateral, ajustando suas cláusulas de acordo com seus interesses e impõem aos consumidores.

Na lição de Maria Helena Diniz:

*contratos por adesão* constituem uma oposição à ideia do contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos

---

<sup>38</sup> MARQUES, Claudia Lima. op. cit. p. 979.

<sup>39</sup> EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2011. p. 254.

contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro.<sup>40</sup>

O autor Leonardo de Medeiros Garcia define as características da modalidade contratual em tela: “serem previamente elaborados unilateralmente, serem ofertados uniformemente e em caráter geral e tem como modo de aceitação a simples adesão do aderente, vinculando-o à vontade do ofertante.”<sup>41</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor conceituou o contrato de adesão, disciplinando que “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (artigo 54, *caput*).

### 3.3.2 Regras aplicáveis

O fato de o consumidor firmar contrato de adesão com o Poder Público ou fornecedor, não significa que ele teve conhecimento integral de seu conteúdo ou que tenha aceitado todas as suas cláusulas, já que normalmente o consumidor é obrigado a assinar o contrato, tendo em vista sua necessidade de usufruir determinado produto ou serviço, como plano de saúde, fornecimento de energia elétrica ou água, serviços de telefonia e abertura de conta bancária.

Diante disso, como forma de limitar a atuação abusiva dos fornecedores de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou normas específicas de proteção contratual, divididas como disposições gerais, das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão, porém sem deixar de observar os princípios e outras normas que protegem o consumidor.

As disposições gerais da proteção contratual estão previstas nos artigos 46 a 50 do CDC como normas a serem observadas em todos os contratos de consumo. São elas:

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais - vol. 3**. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

<sup>41</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 273

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

No tocante as cláusulas abusivas foram tratadas nos artigos 51 a 53 do CDC, porém serão comentadas no próximo capítulo. Quanto às normas que regulam os contratos de adesão, foram previstas nos parágrafos do artigo 54 do CDC, quais sejam:

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

No § 1º significa que naqueles contratos em que os fornecedores deixam espaços em branco para preenchimento de dados contratuais, como a qualificação do consumidor, data de emissão e vencimento, valor do produto ou serviço, não

desqualifica a natureza de contrato de adesão e sua submissão ao Código de Defesa do Consumidor.

O § 2º permite que seja inserida cláusula resolutória alternativa, em que se estipule a possibilidade do consumidor escolher entre a anulação ou rescisão do contrato e a sua manutenção, pelo não cumprimento das obrigações pactuadas.

Já os §§ 3º e 4º, disciplinam que a redação das cláusulas contratuais deve ser clara e de fácil compreensão, para que o consumidor tenha consciência das obrigações assumidas e que as cláusulas que sejam restritivas ou limitativas, desde que não sejam abusivas, pois estas são nulas de pleno direito, devem ser redigidas com destaque, como em letras maiúsculas, em negrito ou em cor diferente, para que o consumidor se atente ao seu conteúdo e não induza a erro.

Com relação a esses dois últimos parágrafos, nota-se que devem ser analisados conjuntamente com os artigos 46 e 47 do CDC, mencionados acima. O artigo 46 dispõe que deve ser dada a oportunidade do consumidor tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato e serem as cláusulas redigidas de modo objetivo e claro para não dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, sendo que com inobservância de qualquer uma dessas causas, o contrato torna-se inválido, não obrigando o consumidor contratante. E o artigo 47 determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. O autor Leonardo Roscoe Bessa explica:

Significa que, entre dois ou mais sentidos possíveis de ser extraídos da leitura do contrato, deve-se privilegiar a interpretação mais favorável ao consumidor, parte frágil da relação. Entre duas cláusulas contraditórias ou aparentemente dissonantes, deve-se observar a que mais vantagens apresenta ao consumidor.<sup>42</sup>

Assim, tendo em vista as características de um contrato de adesão, principalmente quando está envolvida uma relação de consumo, o legislador disciplinou regras no Código de Defesa do Consumidor sobre esse assunto, de forma a proteger o consumidor, limitando a atuação abusiva dos fornecedores.

---

<sup>42</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 352.

## 4 CLÁUSULAS ABUSIVAS

### 4.1 CONCEITO

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.”<sup>43</sup>

Na definição de Fernando Noronha as cláusulas abusivas são:

aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (*cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas*), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (*cláusulas-surpresa*). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma e outra parte.<sup>44</sup>

O Código de Defesa do Consumidor não definiu o que seria este instituto, mas ao tratar da proteção contratual trouxe um rol de cláusulas contratuais consideradas abusivas, mas de forma exemplificativa, permitindo, assim, que outras circunstâncias sejam encaixadas como abusivas, conforme seu artigo 51:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

<sup>43</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto B Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1379.

<sup>44</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 248.

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;  
 X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;  
 XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;  
 XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;  
 XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;  
 XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;  
 XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;  
 XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Complementa o § 1º do artigo 51 do CDC:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:  
 I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;  
 II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou 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.

Ainda, o CDC contempla outras cláusulas abusivas previstas nos artigos 52, §§ 1º e 2º e artigo 53:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:  
 I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;  
 II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;  
 III - acréscimos legalmente previstos;  
 IV - número e periodicidade das prestações;  
 V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

§ 3º (Vetado).

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

Logo, verifica-se que não são admitidas cláusulas abusivas nos contratos de consumo. Essa proibição “é uma das formas de intervenção do Estado nos negócios privados para impedir o abuso na faculdade de predispor unilateralmente as cláusulas contratuais, antes deixadas sob o exclusivo domínio da autonomia da vontade”<sup>45</sup>, equilibrando as relações de consumo.

Frise-se, ainda, que a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas está prevista como um dos seus direitos básicos, conforme artigo 6º, inciso IV, do CDC<sup>46</sup>.

## 4.2 CARACTERÍSTICAS

Cumprido destacar que para definir as cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, é necessária a compreensão da abusividade sob a visão da boa-fé objetiva, se houve prejuízo ou onerosidade excessiva sofrida objetivamente pelo consumidor, em razão do desequilíbrio da cláusula imposta, não importando a “análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada.”<sup>47</sup>

Determina o Código de Defesa do Consumidor que as cláusulas inseridas nos contratos consideradas abusivas são nulas de pleno direito (ou seja, possuem nulidade absoluta), consoante o *caput* do artigo 51, mencionado acima, que “tanto poderá ocorrer nos contratos de adesão como nos contratos de comum acordo (*contrat de gré à gré*), uma vez que a norma abrange toda e qualquer relação de consumo”<sup>48</sup>, embora geralmente ocorra nos contratos de adesão.

Isto quer dizer que as cláusulas abusivas nos contratos de consumo podem e devem ser declaradas e suprimidas de ofício pelo magistrado ao se deparar em um caso concreto e não houver manifestação sobre o assunto pela parte interessada,

---

<sup>45</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 145.

<sup>46</sup> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços

<sup>47</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 354.

<sup>48</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. op cit. p. 239.

mesmo não sendo objeto da ação judicial, pois são normas de caráter cogente, de vício insanável e sem possibilidade de convalidação por qualquer ato, conforme artigo 168, parágrafo único do Código Civil de 2002<sup>49</sup>, através do “diálogo entre as fontes”.

Concomitantemente, as cláusulas abusivas podem ser arguidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo atingidas pela preclusão, ou seja, são imprescritíveis, aplicando-se, por extensão, o artigo 267, § 3º<sup>50</sup>, o artigo 301, § 4º<sup>51</sup> e o artigo 303<sup>52</sup>, todos do Código de Processo Civil.

Verifica-se que a sentença que reconhece a nulidade das cláusulas abusivas tem natureza constitutiva negativa, eis que desconstitui uma situação e produz efeitos *ex tunc*, que retroagem à data da celebração do contrato.

Sobre o assunto, conclui Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

A ação para a declaração de nulidade das cláusulas abusivas é *imprescritível*, produzindo a sentença efeitos *ex tunc*. Se forem questionadas de maneira incidental, podem ser reconhecidas por ato *ex officio* do juiz (art. 168 do CC/2002), a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.<sup>53</sup>

Assim, infere-se que a regra da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas é uma mitigação da liberdade contratual e do princípio do *pacta sunt servanda*, pois com o afastamento delas o consumidor é protegido de uma relação jurídica que não pode ser absoluta, bem como se verifica que o legislador quando disciplinou essa regra privilegiou vários princípios norteadores da defesa do consumidor, como o equilíbrio contratual, boa-fé objetiva, vulnerabilidade e dignidade da pessoa humana, conclusão feita através dos assuntos (intervenção estatal nas relações privadas e princípios) abordados nos capítulos anteriores.

<sup>49</sup> Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

<sup>50</sup> § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

<sup>51</sup> § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

<sup>52</sup> Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

<sup>53</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117.



Ademais, constata-se que “a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.” (artigo 51, § 2º do CDC). Compreende-se que a sanção de declarar nula determina cláusula abusiva e excluí-la de um contrato:

é negar efeito unicamente para a cláusula abusiva, preservando-se, em princípio, o contrato, salvo se a ausência da cláusula desestruturar a relação contratual, gerando ônus excessivo a qualquer das partes. Cuida-se do *princípio da conservação do contrato*. O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições – sem a cláusula abusiva – de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico.<sup>54</sup>

De outro viés, impende destacar que quando as cláusulas de um contrato de consumo estabelecer prestações desproporcionais ou em razão de fatos supervenientes tornarem as prestações excessivamente onerosas, é possível o magistrado, a requerimento do consumidor, revisar ou modificar as mencionadas cláusulas contratuais, conforme artigo 6º, V do Código de Defesa do Consumidor<sup>55</sup>. Isto é uma exceção da nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais abusivas na relação de consumo.

Segundo Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

Isso significa que, durante a execução do contrato, o consumidor, no lugar de subtrair-se aos efeitos de uma cláusula abusiva, invocando meramente sua nulidade de pleno direito, poderá propor ação para modificação ou revisão daquela, se não conseguir fazê-lo amigavelmente.<sup>56</sup>

Isso significa que, neste caso, ao invés de se utilizar da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, o consumidor poderá requerer a modificação ou revisão delas, de forma a adequá-las às condições fático-jurídicas do consumidor.

<sup>54</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 355-356.

<sup>55</sup> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

<sup>56</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit. p. 121.

## 5 SÚMULA N.º 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 5.1 ORIGEM

No dia 22 de Abril de 2009, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n.º 381, em decorrência do projeto apresentado pelo ministro Fernando Gonçalves, com a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, sendo publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 05 de Maio de 2009. “Com ela, fica definido que um suposto abuso em contratos bancários deve ser demonstrando cabalmente, não sendo possível que o julgador reconheça a irregularidade por iniciativa própria.”<sup>57</sup>

Os precedentes que embasaram a referida súmula são: AERESP 801421 RS 2006/0225242-8 (DECISÃO: 14/03/2007), AGRESP 782895 SC 2005/0156263-9 (DECISÃO: 19/06/2008), AGRESP 1006105 RS 2007/0269634-1 (DECISÃO: 12/08/2008), AGRESP 1028361 RS 2008/0025524-0 (DECISÃO: 15/05/2008), ERESP 645902 RS 2005/0027242-8 (DECISÃO: 10/10/2007), RESP 541153 RS 2003/0073220-8 (DECISÃO: 08/06/2005), RESP 1042903 RS 2008/0065702-7 (DECISÃO: 03/06/2008), RESP 1061530 RS 2008/0119992-4 (DECISÃO: 22/10/2008).

Nota-se que essa situação decorreu dos chamados recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça previstos no artigo 543-C e seus parágrafos<sup>58</sup>, iniciando-

<sup>57</sup> STJ tem nova súmula sobre abusividade das cláusulas nos contratos bancários. 29 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779)> Acesso em: 05 set. 2013.

<sup>58</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

se quando o Ministro Ari Pergendedler, relator do Recurso Especial 1.061.530-RS, suspendeu os recursos especiais de idênticas controvérsias, como os recursos especiais que versavam sobre disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal, conforme despacho proferido no dia 14 de Agosto de 2008:

Na forma do art. 2º, § 1º, da Resolução nº 08, de 07 de agosto de 2008, do Superior Tribunal de Justiça, afeto à 2ª Seção o julgamento do presente recurso especial para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil. Oficie-se aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com cópia do acórdão recorrido, comunicando a instauração do aludido procedimento, para que suspendam o processamento dos recursos especiais que versem sobre as seguintes matérias, quando ativadas em ações que digam respeito a contratos bancários: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal.<sup>59</sup>

Posteriormente, o Ministro Ari Pergendedler determinou a redistribuição do Recurso Especial 1.061.530-RS no tocante à relatoria para a Ministra Fátima Nancy Andriahi, em razão da prevenção. Tendo como relatora a mencionada Ministra, o Recurso Especial 1.061.530-RS foi julgado em 22 de Outubro de 2008, decidindo sobre vários assuntos, especialmente com relação às cláusulas abusivas existentes nos contratos bancários, proferindo a Orientação n.º 5:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro ARI PARGENDLER, despacho em 19/08/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4165854&formato=PDF>. Acesso em: 05 set. 2013.

INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

[...]

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresse, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.

[..]

II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios,

como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos.<sup>60</sup>

Essa decisão foi concluída no sentido de que o Poder Judiciário não poderia de ofício reconhecer a nulidade de cláusulas consideradas abusivas nos contratos bancários, pois ao contrário, seria uma decisão *extra* ou *ultra petita*, já que se deveria observar o princípio da congruência ou da adstrição ao pedido, conforme artigos 128<sup>61</sup> e 460<sup>62</sup> do Código de Processo Civil. Ademais, entenderam que o exame de ofício dessa matéria pelo Tribunal ofenderia o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme artigo 515 do CPC<sup>63</sup>, em que a apelação devolve ao tribunal somente a matéria impugnada.

O Ministro João Otávio de Noronha em seu voto questionou como poderia o juiz conhecer da abusividade de uma cláusula em um caso concreto sem a alegação da parte, bem como admitir que a outra parte (instituição financeira) não tivesse oportunidade de provar que determina cláusula não seja abusiva, defendendo que existem situações que a instituição financeira firma contrato com quem não se enquadra na figura do consumidor ou em outra causa de hipossuficiência, conforme as considerações abaixo:

Como o juiz poderá saber se há abusividade ou não diante do caso concreto se a própria parte não a alegou?

E mais: até para ser coerente com o que sustentei – acerca da impossibilidade de ser estabelecido um teto –, como admitir possa o juiz, de ofício, promover o decote dos encargos financeiros pactuados sem que seja oferecida à outra parte – o banco – a oportunidade de provar que, no caso concreto, a taxa pactuada fora fixada tendo em conta as condições imperantes no mercado e segundo a boa técnica bancária, não caracterizando portanto abusividade?

Ademais, é bom que se diga que nem sempre será do agente financeiro o ônus da prova da não-caracterização da abusividade, porquanto existem hipóteses em que a inversão do ônus da prova não deve ser deferida, como, por exemplo, quando a parte litigante for pessoa jurídica que não se enquadra na relação de consumo ou quando não caracterizada a hipossuficiência daquele que litiga com a instituição financeira.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Segunda Seção. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 22/10/2008. Publicado no DJe em 10/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05. set. 2013.

<sup>61</sup> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

<sup>62</sup> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

<sup>63</sup> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Segundo o voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, a prestação jurisdicional deve estar de acordo com o pedido inicial:

Faço a ressalva quanto às disposições de ofício porque, efetivamente, entendo que não é uma questão de formalismo: a ação segue conforme a prestação jurisdicional que é solicitada; dizer que o contrato é abusivo, **data venia**, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão não tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz, vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contencioso que nem foi pretensão da parte autora. Então, realmente, penso que a estrita observância ao pedido inicial, nesse ponto, há de preponderar.<sup>65</sup>

O Ministro Carlos Fernando Mathias proferiu voto com fundamento no princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, citando um trecho do voto do Ministro Fernando Gonçalves em um recurso especial (porém, não há indicação de qual seria esse recurso):

Então, confesso que não vejo por que mudarmos uma posição que está sedimentada na Seção. E, agora, vejo que não só S. Exa. participou, mas também o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Tenho cópia das ementas dos acórdãos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 702.524/RS, que está expressamente citado no voto de S. Exa. Tenho aqui cópia do acórdão do Recurso Especial nº 541.153/RS e um outro mais recente – estou enfatizando isso porque o eminente Ministro Luis Felipe Salomão citou um precedente que está aqui e o eminente Ministro Fernando Gonçalves teria votado em outro sentido. Mas esse aqui é recentíssimo: "Viola o princípio **do tantum devolutum quantum appellatum** o deferimento de repetição de indébito, em face do reconhecimento de abusividade no contrato de financiamento bancário, sem que a parte interessada tenha manejado o competente recurso de apelação."<sup>66</sup>

Na mesma linha, em razão do voto do Ministro Carlos Fernando Mathias mencionado acima, o Ministro Fernando Gonçalves defendeu seu entendimento quanto ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, entendendo sobre a impossibilidade da revisão de ofício das cláusulas abusivas:

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

E a última é a questão da revisão de ofício das cláusulas chamadas abusivas. Efetivamente – e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão cita um julgado meu, de 2005 –, na minha anterior investitura na Quarta Turma, em que acompanhei aquele entendimento, mas, agora, recobrando a razão, retifico a posição anterior, não permitindo a revisão de ofício, mesmo porque não entendo o conceito de hipossuficiente; é um conceito fugidio, que, em qualquer figurino, se encaixa.

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias citou um voto que proferi no ano de 2007, no qual afirmo que:

*"Viola o princípio do **tantum devolutum quantum apelatum** o deferimento de repetição de indébito, em face do reconhecimento de abusividade no contrato de financiamento bancário, sem que a parte interessada tenha manejado o competente recurso de apelação."*

Esse foi o entendimento tirado da jurisprudência da Segunda Seção.

Portanto, meu voto é nesse sentido.<sup>67</sup>

Contudo, essa decisão não foi unânime, nessa matéria foram vencidos a Ministra Relatora Nancy Andrichi e o Ministro Luiz Felipe Salomão. A Ministra asseverou em seu voto que o juiz deve declarar *ex officio* a nulidade das cláusulas abusivas, inclusive nos contratos bancários, sob pena de gerar consequências graves:

A **primeira** é a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido exposto) de molde a inviabilizar o conhecimento e a aplicação do direito material (nulificação da cláusula abusiva), exigindo para tanto uma nova movimentação da máquina judiciária com a propositura de outra ação; a **segunda** é o manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico complementar (CDC, art. 51, todos os seus incisos, cumulado com o CC/02, parágrafo único, do art. 168, que determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos); a **terceira** é o descrédito no Poder Judiciário, que tem a obrigação constitucional de tratar igualmente os consumidores que se encontram em situações idênticas; a **quarta** é a frustração de toda a operacionalidade do novo instrumento dos processos repetitivos, pois o não reconhecimento de ofício impõe reiteração de ações e recursos, que o art. 543-C visa impedir, prejudicando a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional.<sup>68</sup>

Apesar de proferir voto com fundamentos distintos, o Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou o entendimento da relatora:

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro FERNANDO GONÇALVES. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministra NANCY ANDRIGHI. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Destarte, reconheço a possibilidade do juiz de dispor de ofício, quando diante de cláusulas absolutamente nulas, conforme o Código de Defesa do Consumidor, desde que o consumidor esteja comprovadamente em situação de hipossuficiência. Acompanho o voto da Ministra Relatora para manter o acórdão recorrido, embora por fundamentos diversos. [...] e) mantenho o acórdão no tocante às disposições de ofício, desde que reconhecida expressamente a hipossuficiência do consumidor/contratante.<sup>69</sup>

Ocorre que a Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça privilegiou as regras processuais em detrimento das regras de direito material, ferindo todo o sistema de proteção ao consumidor, representando um retrocesso no direito brasileiro, conforme se verá adiante.

## 5.2 INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

Primeiramente, há de se observar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições bancárias, conforme Súmula 297 do STJ, editado em 12 de Maio de 2004, com a seguinte redação: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” E, posteriormente, o STF no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade n.º 2591, ocorrido em 06 de Junho de 2006, confirmou o dispositivo legal constante no artigo 3º, § 2º do CDC<sup>70</sup>, no qual afirmou que o objeto de consumo, no caso o serviço, pode ser de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, consoante o seguinte acórdão da ADI:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

<sup>70</sup> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.



Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.<sup>71</sup>

Dessa forma, verifica-se que a Súmula 381 do STJ confronta o entendimento do STF e do STJ, pois ao afirmarem que os contratos bancários estão sujeitos às regras do Código de Defesa do Consumidor, inclui também a regra da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas (artigo 51 do CDC).

Não obstante isso, o entendimento da Súmula 381 do STJ afronta todo o sistema de proteção do consumidor, causando prejuízos sociais e jurídicos.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591/DF. Relator: CARLOS VELLOSO. Julgado em 06/06/2006 no Tribunal Pleno. Publicado no DJ em 29/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05. set. 2013.

Como já visto, a Constituição Federal de 1988 declarou a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental (artigo 5º, inciso XXXI) e um dos princípios da ordem econômica (artigo 170, inciso V). Para assegurar essa proteção, o Estado tem o dever de intervir nas relações de consumo com medidas protetivas, no intuito de harmonizá-las e equilibrá-las, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor e a dignidade da pessoa humana. Uma forte medida protetiva foi à criação do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu em todo seu diploma normas de ordem pública e interesse social (artigo 1º do CDC), dentre elas o dever do juiz conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas contratuais (artigo 51 do CDC), inclusive nos contratos bancários.

As normas do Código de Defesa do Consumidor por serem normas de ordem pública e interesse social podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, isto quer dizer que não são atingidas pela preclusão e o juiz tem o dever de pronunciá-las de ofício, mesmo sem requerimento da parte. Então, a abusividade das cláusulas contratuais, incluindo os contratos bancários, diante do caso concreto, deve ser conhecida de ofício tanto pelos juízes de 1º grau quanto pelos Tribunais, em qualquer tempo.

O autor Paulo Roberto Roque Antônio Khouri questiona a respeito do assunto:

Os termos em que foi redigida a súmula deixam vários questionamentos: (i) não pode um contrato bancário violar questões de ordem pública? (ii) imagine, v. g., uma cláusula em contrato bancário em que o consumidor renuncie realmente ao direito à informação em todos os seus aspectos, tal não poderia ser decretada de ofício pelo Juiz? Igualmente, uma cláusula que imponha em contrato bancário a arbitragem, contrariando frontalmente o art. 51, VII, do CDC, o Juiz não pode afastá-la de ofício? E mais: uma cláusula de eleição de foro, que prejudique enormemente o direito de defesa do consumidor? E, ainda, uma cláusula em contrato bancário, onde o Banco transfere ao consumidor a responsabilidade por sua segurança nas agências e nos caixas eletrônicos?

A despeito da súmula, vejo que todas essas questões, que não dizem respeito unicamente ao patrimônio do consumidor, são verdadeiramente de ordem pública e como tal devem continuar sendo decretadas de ofício pelo Magistrado, como o são: a segurança, a saúde, a facilitação da defesa do consumidor em Juízo, o direito à informação etc.<sup>72</sup>

Deste modo, o conhecimento de ofício pelo magistrado não ofende o princípio da congruência ou da adstrição do pedido, bem como não dá uma decisão *extra* ou *ultra petita*. Não há porque excluir tal situação, se o ordenamento jurídico prevê o conhecimento de ofício pelo juiz ou Tribunal em matérias de ordem pública, como a

<sup>72</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

prescrição prevista no artigo 219, § 5º do Código de Processo Civil<sup>73</sup>, nulidades do artigo 245, parágrafo único do CPC<sup>74</sup> e no caso em tela, todas as normas do CDC. Assim, não há razão para o juiz não decretar de ofício a nulidade das cláusulas contratuais abusivas previstas no artigo 51 do CDC aos contratos bancários.

Sobre assunto, o doutrinador Nelson Nery Júnior. assevera:

As normas do CDC são *ex vi legis* de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio do dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão, e as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Isso significa que a petição inicial das ações envolvendo pretensões consumeristas pode dissociar-se do **princípio da congruência**, razão pela qual as limitações do CPC (arts. 128 e 460) a ela não se aplicam com balizamento ali previsto. Isso quer significar que, caso o juiz decida a respeito de questão de ordem pública **não agitada pelo autor-consumidor na petição inicial**, não terá violado o princípio da congruência e, conseqüentemente, a sentença não conterà o vício de haver sido proferida *extra* ou *ultra petita*.<sup>75</sup>

A decisão que pronuncia de ofício a abusividade das cláusulas constantes nos contratos de consumo também não ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois nos recursos além de incidir o efeito devolutivo, em que são apreciadas as matérias suscitadas, pode ocorrer o efeito translativo. Significa que são submetidas ao juízo *ad quem*, por expressa disposição legal, questões conhecíveis de ofício, independentemente de requerimento da parte, não incidindo, nestes, casos, a proibição de *reformatio in pejus*. Os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam:

O efeito translativo é ligado à matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes, a exemplo das questões enumeradas no art. 301 do CPC (exceto seu inciso IX).

Se esses temas devem ser examinados pelo juízo *em qualquer tempo e grau de jurisdição*, eles certamente poderão ser apreciados quando da análise do recurso. O tribunal é autorizado a conhecer esses temas de ordem pública, ainda que não tenham sido ventilados, seja no juízo *a quo*, seja nas razões de recurso. Tais temas, então, não se submetem ao efeito devolutivo, e podem ser conhecidos pelo tribunal sempre, em qualquer

<sup>73</sup> § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

<sup>74</sup> Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

<sup>75</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. et al. **Visão sobre principiologia do código de defesa do consumidor (20 anos de vigência do código de defesa do consumidor – desafios atuais)**. São Paulo: Revista do Advogado nº 114 – AASP, Ano XXXI, Dezembro de 2011. p. 97.

circunstância, bastando que tenha sido interposto recurso sobre alguma decisão da causa, e que esse recurso chegue a exame do juízo *ad quem*. Obviamente, esse efeito é inerente a qualquer espécie recursal.<sup>76</sup>

Nelson Nery Júnior discute que:

De outra parte, parece não ter havido a distinção necessária entre a) matéria discutida no processo, que é forçosamente **devolvida** ao reexame do Tribunal pela apelação, por expressa disposição do CPC, art. 515, § 1º, consistindo em verdadeira exceção ao princípio do efeito devolutivo, conforme já expusemos alhures, e b) matéria de ordem pública, que é automaticamente transferida ao reexame do Tribunal por força do **efeito translativo** do recurso de apelação, caso em que não há necessidade de o apelante ou o apelado agitar o tema nas razões ou contrarrazões de recurso, pois a matéria é transladada ao exame obrigatório (*ex officio*), do Tribunal, fenômeno que nada tem a ver com o princípio do STJ que redundaram no STJ nº 381 menção ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*<sup>77</sup>

Logo, é insustentável a alegação de que o Tribunal não pode conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas em recurso com base no princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, pois quando há matéria de ordem pública, incide o efeito translativo dos recursos.

O entendimento sumular ainda afronta vários princípios norteadores das relações de consumo, como o princípio da função social, princípio da boa-fé objetiva, princípio da transparência, princípio da equidade, princípio da confiança e princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.

Ademais, é inconcebível a súmula somente beneficiar às instituições bancárias, concedendo uma tutela de que não necessitam, justamente por serem os fornecedores de serviços que mais visam o lucro, principalmente com elevadas taxas de juros, criando contratos de adesão mais onerosos e abusivos do mercado de consumo, ou seja, já possuem uma grande superioridade contratual. Feriu, então, o princípio da igualdade, eis que se pretendia negar o dever do magistrado conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas, por qual motivo não considerou todas as relações de consumo, ou seja, a súmula somente privilegiou os contratos bancários.

De outro viés, não obstante a súmula tenha se originado de precedentes que envolviam contratos bancários com incidência no Código de Defesa do Consumidor,

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil v. 2: processo de conhecimento**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 516.

<sup>77</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. et al. op. cit. p. 98.

a súmula não deveria compreender estes casos, em razão do sistema de proteção do consumidor, mas poderia ser aplicada em outros tipos de contratos bancários que envolvessem particulares ou empresas, por exemplo.

No cenário atual do direito do consumidor, a alegação de que o juiz deve ser neutro, imparcial, em razão da igualdade das partes, não é sustentável, eis que o Estado-juiz deve se orientar nos fins sociais que a lei se dirige e nas exigências do bem comum, nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>78</sup>, isto é, o juiz na aplicação da lei deve observar a realidade social a qual se busca tutelar. A intervenção do Estado-juiz na defesa do consumidor não fere o princípio da igualdade, mas é a forma de realizá-lo, porque na relação de consumo, os sujeitos não são iguais, os consumidores são vulneráveis. Por isso, é necessário compreender e por em prática os princípios e as normas que disciplinam a defesa do consumidor.

A Súmula n.º 381 do STJ constitui na verdade um grande retrocesso no direito brasileiro, mormente no direito e garantia fundamental da defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII da CF/88). A Carta Magna veda implicitamente a supressão ou a redução dos direitos e garantias fundamentais já conquistados pelos brasileiros, por isso o Poder Judiciário não pode praticar atos retrocedendo a proteção especial dada aos consumidores pelo legislador constituinte.

Leonardo de Medeiros Garcia asseverou que:

Entendemos que houve um retrocesso no posicionamento do STJ. Conforme exposto, as normas do CDC são de ordem pública e o art. 51 é expresso ao declarar que são 'nulas de pleno direito' as cláusulas abusivas nas relações de consumo. O consumidor é vulnerável na relação com fornecedor e por isso é necessário permitir que o magistrado intervenha na relação de ofício, para manter o equilíbrio contratual.<sup>79</sup>

O constitucionalista Luís Roberto Barroso explica sobre o princípio da proibição do retrocesso, que se encaixa perfeitamente na importância das normas do Código de Defesa do Consumidor (todas de ordem pública e interesse social):

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um

---

<sup>78</sup> Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>79</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor – código comentado e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2010. p. 311.

mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.<sup>80</sup>

Outrossim, a súmula afronta o equilíbrio dos três Poderes, pois o Poder Legislativo com a incumbência de defender os consumidores, regulamentou o dever do magistrado reconhecer de ofício e a qualquer tempo a nulidade de cláusulas abusivas em todas os contratos de consumos, e o Poder Judiciário, mediante o Superior Tribunal de Justiça, reduziu essa garantia em relação aos contratos bancários, que também são submetidos ao Código de Defesa do Consumidor.

Há um grande prejuízo para o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo, com a permanência da Súmula n.º 381 do STJ, pois embora as súmulas editadas pelo STF e STJ, em regra, não apresentem efeito vinculante, o Código de Processo Civil dispõe que o recurso de apelação não será recebido quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (artigo 518, § 1º<sup>81</sup>), ou seja, a súmula acaba vinculando todos os Tribunais brasileiros, prejudicando a proteção dos consumidores.

Por ora, alegam que é possível a parte lesada ingressar com um novo processo no judiciário para discutir tais cláusulas abusivas, contudo, isso não pode prevalecer, pois isso gera um grande prejuízo econômico para o consumidor ter que demandar uma nova ação, arcando com todas as dificuldades e pagamento de despesas processuais.

Com esse entendimento, a súmula incentivar a instituição bancária a manter e inserir cláusulas contratuais que desfavorecem o consumidor, lesionando a parte mais fraca na relação de consumo. Ao contrário, se a nulidade das cláusulas abusivas for conhecida de ofício pelo juiz, a instituição bancária ficará atenta em seus contratos e, ainda, traria benefício econômico para ambas as partes, porque reduziria o número de ações contra o fornecedor de serviços.

Outro ponto que merece ser discutido, embora não tenha sido apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, até porque não é de competência deste tribunal, são os direitos e garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa previstos no artigo

---

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158-159.

<sup>81</sup> § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Superior Tribunal Federal.

5º, inciso LV<sup>82</sup> da Constituição Federal de 1988, que se contrapõe em relação à defesa do consumidor. Pelo contraditório e ampla defesa, há alegação de que o fornecedor não tem a oportunidade de se defender quando o juiz reconhece de ofício a abusividade de cláusulas abusivas.

Constata-se que neste caso há uma colisão de direitos fundamentais, também denominados como princípios, de forma que deve ser feita a ponderação entre eles (defesa do consumidor *versus* contraditório e ampla defesa), através do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Esse princípio tem grande relevância na escolha da solução mais razoável para o problema jurídico concreto. Na lição de Robert Alexy:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.<sup>83</sup>

É o que ocorre no caso, o princípio do contraditório e da ampla defesa cede espaço para a defesa do consumidor em relação ao dever do Estado-juiz conhecer de ofício as normas do CDC, que possuem caráter público e interesse social, principalmente a regra da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas.

Assim, não há motivo para manter a Súmula n.º 381 do STJ, a qual está revestida de inconstitucionalidade e ilegalidade, pois as hipóteses do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor quando presentes devem prevalecer sobre as regras processuais, por exceção prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Fábio de Souza Trajano conclui:

As cláusulas contratuais abusivas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, dando-se, assim, o maior peso aos valores mais importantes previstos na Constituição Federal e ao direito material, em detrimento de institutos processuais.

A Súmula 381 do STJ padece de vício de inconstitucionalidade, pois adotou a linha de pensamento típica do Estado liberal do século XIX, privilegiando o forte, aquele que agiu frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual,

<sup>82</sup> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

isto é, com absoluta falta do espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais.<sup>84</sup>

Portanto, já passado mais de 4 (quatro) anos da edição da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, merece ser ela cancelada ou declarada inconstitucional e ilegal, por contrariar princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção do consumidor, a fim de que seja dada uma decisão justa pelo Estado-juiz convergente com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

---

<sup>84</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. **A inconstitucionalidade da súmula 381 do superior tribunal de justiça**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010. p. 75.



## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico realizou uma abordagem crítica da Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece a vedação do julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas existentes nos contratos bancários, verificando-se que ela acabou privilegiando erroneamente as instituições bancárias, pois elas são consideradas os fornecedores de serviços que mais firmam contratos onerosos e abusivos no mercado de consumo, de modo que esse entendimento sumular feriu e vem ferindo todo o sistema de proteção ao consumidor, causando prejuízos sociais e jurídicos, além de representar um grande retrocesso no direito brasileiro.

Demonstrou-se que a figura do consumidor é protegida constitucionalmente como um direito e garantia fundamental, além de sua defesa ser um dos princípios a serem observados na ordem econômica, tendo em vista a necessidade que surgiu da intervenção do Estado nas relações de consumo por causa do modelo desenvolvido na comercialização de produtos e serviços, em que se visava o lucro e a redução dos custos, o que desequilibrou as relações consumeristas em desfavor dos consumidores, pois estes se limitavam a aceitar as condições impostas pelos fornecedores, tornando-se aqueles cada vez mais vulneráveis.

Por determinação do poder constituinte originário, o consumidor ganhou proteção também com o advento da Lei n.º 8.078/90, denominado Código de Defesa do Consumidor, que instituiu em todo o seu texto normas de ordem pública e interesse social, o que significa que são consideradas indisponíveis e inafastáveis através de contratos, de modo que suas normas devem ser aplicadas de ofício pelo juiz no caso concreto, mesmo sem requerimento da parte e em qualquer tempo, já que não são atingidas pela preclusão. Por isso, deve prevalecer a determinação constante no CDC de que é proibido incluir cláusulas abusivas nos contratos de consumo, eis que se existentes, são consideradas nulas de pleno direito, inclusive nos contratos bancários.

Conforme visto, o STF e o próprio STJ já se posicionaram que as normas do CDC são aplicáveis às instituições financeiras, de forma que se inclui também a regra da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, afastando-se a aplicação do princípio da congruência ou da adstrição do pedido, bem como o princípio *tantum*

*devolutum quantum appellatum*. Isso se deve ao fato de que as normas de ordem pública devem ser conhecidas de ofício, independentemente do requerimento da parte. Dessa forma, a súmula discutida mostra-se inconcebível na esfera jurídica, porque foi sustentada em regras processuais em detrimento das regras de direito material.

Portanto, por tudo o que foi exposto e debatido ao longo desta pesquisa, conclui-se que, embora a Súmula n.º 381 do STJ não possua caráter vinculante, ela acaba influenciando o julgamento dos magistrados e o recebimento do recurso de apelação, não havendo, assim, motivo para mantê-la, merecendo ser ela cancelada ou declarada inconstitucional ou ilegal, por contrariar princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção do consumidor, a fim de que seja dada uma decisão justa pelo Estado-juiz convergente com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vírgilio Afonsa da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.291, de 20 de julho de 2010. Vade Mecum. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Segunda Seção. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 22/10/2008. Publicado no DJe em 10/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05. set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministra NANCY ANDRIGHI. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro FERNANDO GONÇALVES. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Voto em 22/10/2008. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.061.530/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro ARI PARGENDLER, despacho em 19/08/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=4165854&formato=PDF>. Acesso em: 05 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591/DF. Relator: CARLOS VELLOSO. Julgado em 06/06/2006 no Tribunal Pleno. Publicado

no DJ em 29/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05. set. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 20. ed. rev., aum. e atual de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – vol. 3**. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito do consumo**. 1. ed. (ano 2001), 8ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba, Juruá, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito do consumidor – código comentado e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2010.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil v. 2: processo de conhecimento**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. et al. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme (Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. et al. **Visão sobre principiologia do código de defesa do consumidor (20 anos de vigência do código de defesa do consumidor – desafios atuais)**. São Paulo: Revista do Advogado nº 114 – AASP, Ano XXXI, Dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria Barreto B Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

STJ tem nova súmula sobre abusividade das cláusulas nos contratos bancários. 29 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779)> Acesso em: 05 set. 2013.

TRAJANO, Fábio de Souza. **A inconstitucionalidade da súmula 381 do superior tribunal de justiça**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010.