



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
ALICE KOERICH INACIO

**REVISÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
APLICABILIDADE E ALCANCE DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Florianópolis

2009

ALICE KOERICH INACIO

**REVISÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
APLICABILIDADE E ALCANCE DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Projeto apresentado como requisito final ao Curso de
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof^ª. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis
2009

ALICE KOERICH INACIO

**REVISÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
APLICABILIDADE E ALCANCE DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

A presente monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis/SC, 7 de dezembro de 2009.

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Wilson Augusto do Nascimento

João Leonel Machado Pereira

AGRADECIMENTOS

À minha família e aos amigos pelo apoio em todos os momentos da minha vida.

À minha orientadora pelo acompanhamento competente.

A todos que contribuíram com a realização desta pesquisa.

Vivi debruçado sobre os Códigos e
posso dizer-vos que a sociedade e as
Leis não encontraram solução para o
problema do amor.

(Humberto Campos)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende estudar os limites da aplicação da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a possibilidade de revisão de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários, elaborada em março de 2009. A referida Súmula atinge os contratos bancários sob a égide de proteção do Código de Defesa do Consumidor. Esse, por sua vez, é um microsistema que instaurou uma série de conceitos, princípios e direitos com intuito de proteção à pessoa do consumidor. Tal proteção é garantia constitucional prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Também será abordada a transformação na teoria contratual como consequência da sociedade de massa na qual estamos inseridos, e a utilização de contratos de adesão repletos de cláusulas abusivas. Assim, analisados os conceitos inerentes ao direito do consumidor, bem como outros referentes à teoria contratual, pode-se chegar à conclusão de que a súmula em estudo afronta ao direito fundamental de proteção do consumidor e às regras deduzidas no bojo do Código de Defesa do Consumidor. Para a realização deste estudo monográfico foi utilizada a pesquisa bibliográfica, analisando-se legislação, doutrina, artigos e jurisprudência referentes ao tema.

Palavras-chave: Proteção do consumidor. Cláusulas abusivas. Nulidade absoluta. Revisão de ofício. Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	O direito do consumidor	11
2.1	HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	11
2.1.1	Direito do Consumidor no Brasil.....	13
2.2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRECEITOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	14
2.3	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	16
2.3.1	Princípios relativos à relação de consumo.....	18
2.3.2	Direitos básicos do consumidor.....	19
2.3.3	Alguns conceitos no Código de Defesa do Consumidor.....	21
2.3.4	Aplicação do CDC aos contratos bancários.....	25
2.3.5	Tutela ao consumidor: CDC como instrumento de proteção.....	26
3	TEORIA CONTRATUAL E A REVISÃO DOS CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	28
3.1	A TEORIA CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	28
3.1.1	A concepção tradicional do contrato.....	28
3.1.2	A nova teoria contratual.....	32
3.2	PRINCÍPIOS DA TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS.....	34
3.2.1	Boa-fé.....	34
3.2.2	A tutela do hipossuficiente: o princípio da igualdade.....	36
3.3	CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS ABUSIVAS: CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	37
3.3.1	Contratos de adesão.....	37
3.3.2	Condições gerais contratuais.....	38
3.3.3	Cláusulas abusivas.....	40
3.3.4	Contratos bancários.....	42
3.4	REVISÃO DOS CONTRATOS NO CDC.....	44
3.4.1	Sistema de nulidades do CDC: nulidade absoluta das cláusulas abusivas.....	45
3.4.2	Controle das cláusulas abusivas.....	47
4	APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	49
4.1	CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS ANTES DA ELABORAÇÃO DO CDC.....	49
4.2	O CONTROLE DAS CLÁSULAS ABUSIVAS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CDC.....	50
4.3	APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	52
4.3.1	A revisão de ofício e os princípios processuais e ao contraditório.....	53
4.3.2	A possibilidade do conhecimento da abusividade <i>incidenter tantum</i>.....	54
4.3.3	Voto vencido da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.061.530/RS.....	56
4.3.4	Voto-vista do Ministro Salomão no REsp n. 1.061.530/RS.....	57
4.3.5	Considerações acerca da súmula n. 381 e a proteção do consumidor.....	58

4.4 A APLICAÇÃO DA SÚMULA COMO EMPECILHO À EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ART. 5º E DO CDC.....	59
5	
conclusão.....	62
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo estudar a aplicação da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, que dita: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, limitada pela instituição do direito fundamental de proteção do consumidor inserido na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) de 1988.

O direito do consumidor não é ramo recente, suas raízes remontam à antiguidade. Desde as antigas civilizações já existia a preocupação de proteção à pessoa do consumidor através da instituição de regras em suas legislações.

No Brasil, a preocupação com o consumidor remonta as antigas ordenações do Império, estando presente, também, no Código Civil de 1916 e em outras leis esparsas. Posteriormente, a proteção do consumidor, em razão de sua hipossuficiência, foi elevada ao patamar de direito fundamental ao ser inserida no texto da CF/88. Não tardou para que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instrumento precípuo de sua proteção. Em seu bojo estão presentes conceitos fundamentais, princípios e direitos, tornando-se, assim, um verdadeiro microsistema com regramento próprio.

O CDC surgiu em um período no qual ocorreu uma massificação das relações de consumo, colocando o consumidor em posição desfavorável na relação com o fornecedor. Em razão desse fenômeno os contratos também evoluíram e ganharam características próprias, como o contrato de adesão. Esse contrato veio para facilitar a contratação entre as partes da relação de consumo, dando agilidade às transações. Todavia, sua característica principal, a impossibilidade da discussão de seu conteúdo, deu azo ao estabelecimento de cláusulas abusivas ao consumidor.

As instituições financeiras são as que mais se utilizam desse tipo de contrato ao realizar seu contrato por excelência, o empréstimo.

Diante desse contexto, surge a necessidade de adequação da teoria contratual, caracterizada pela autonomia da vontade e pela *pacta sunt servanda*, com a nova ordem instaurada pelos contratos de adesão.

A elaboração de uma nova teoria contratual vem ao mesmo tempo em que a elaboração do CDC, consubstanciar o surgimento de uma proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo, pautada em princípios, tais qual a boa-fé objetiva, o intervencionismo estatal e a proteção ao hipossuficiente.

O CDC instrumentaliza a nova concepção de contrato, permitindo ao consumidor o controle das cláusulas abusivas através da declaração de sua nulidade. Tal vício é considerado absoluto, eis que afronta normas de ordem pública e interesse social, podendo ser declarado de ofício pelo magistrado, inclusive.

A Súmula n. 381 impede tal possibilidade na medida em que veda o reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. Sua aplicação deve ser cautelosa, pois a impossibilidade da declaração oficiosa pelos magistrados das cláusulas abusivas afronta diretamente a ordem imposta no rol de direitos fundamentais da CF/88, bem como conflita toda a sistemática de proteção do consumidor prevista no CDC.

Assim, o que se busca neste trabalho é demonstrar a impossibilidade de aplicação em absoluto da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, fizeram-se necessárias, antes do estudo da Súmula n. 381 em si, uma análise detalhada do direito do consumidor, seus conceitos, princípios, além de uma revisão da evolução da teoria contratual, das cláusulas abusivas nos contratos de consumo e as formas de seu controle, a fim de fixar conceitos e captar informações necessárias pra o melhor deslinde daquela tarefa.

Daí nasceram os três capítulos desta monografia.

O primeiro trabalha a parte histórica do direito do consumidor, o CDC, e conceitos básicos, princípios e direitos nele inseridos e, ainda, a caracterização do banco como fornecedor.

O capítulo dois aborda a evolução da teoria contratual, o contrato de adesão, as cláusulas abusivas e o controle introduzido pelo CDC.

No último capítulo é realizada uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça antes e após a elaboração do CDC acerca da possibilidade do conhecimento de ofício das cláusulas abusivas, para, por fim, expor posições em relação à aplicação da Súmula n. 381 em si, limitando-a ao previsto na CF/88 e no CDC.

Para a elaboração do trabalho será realizada pesquisa bibliográfica com a exposição do pensamento de vários autores que tenham escrito algo sobre o tema escolhido, além de análise à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação à elaboração da súmula em estudo.

2 O DIREITO DO CONSUMIDOR

Para que ocorra uma interpretação adequada do que se busca tratar no presente estudo, faz-se necessário o desenvolvimento de uma noção preliminar sobre os conceitos e o desenvolvimento do direito do consumidor, através de uma revisão bibliográfica.

2.1 HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR¹

O Direito do consumidor é ramo recente, porém, suas raízes remontam os costumes de diversos povos da antiguidade como os babilônios no Código de Hamurabi em 2.300 a.C. Nesse diploma constavam regras regulamentadoras do exercício do comércio sob competência do palácio real. Como exemplo, cita-se a existência de obrigação legal da responsabilização do fornecedor, bem como normas disciplinando direitos e deveres dos profissionais liberais e autônomos, impondo-lhes desde sanções pecuniárias até castigos corporais e a pena de morte. Leizer Lerner exemplifica algumas condutas previstas no referido Código:

Assim, por exemplo, a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las à suas próprias expensas. Extremas, outrossim, eram as consequências de desabamentos com vítimas fatais: o empreiteiro da obra além de ser obrigado a reparar cabalmente os danos causados ao empregador, sofria punição (morte), caso houvesse o mencionado desabamento vitimado o chefe da família. Caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, assim por diante. Da mesma forma o cirurgião que operasse alguém com bisturi de bronze e lhe causasse a morte por imperícia: indenização cabal e pena capital. Consoante a Lei nº 235, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano.²

Também na Índia, Grécia e Roma encontra-se um embrião do direito do consumidor. Na Índia, o Código de Manu previa pena de multa, ressarcimento de danos para aqueles que entregassem coisa distinta da acertada, adulterassem alimentos ou vendessem coisas iguais por preços distintos. Na Grécia havia regulamentação e fiscalização quanto à

¹ Neste item do trabalho, a respeito da parte histórica do direito do consumidor, serão utilizados como fonte de informação os autores e obras abaixo referenciados, além das outras obras citadas individualmente.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

² LERNER *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24.

qualidade e medidas dos produtos comercializados e ainda leis que limitavam os juros de 1% (um por cento) ao mês e 12% (doze por cento) ao ano. Por fim, em Roma, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa mesmo que ignorando os defeitos.

Já na Idade Média, na França, a adulteração de alimentos era punida com castigos físicos. Mais recentemente, tem-se na revolução americana de 1776 um marco para o direito do consumidor: a população insurgiu-se contra a metrópole, Inglaterra, em relação aos preços exorbitantes dos produtos manufaturados.

Com a Segunda Guerra Mundial, o direito do consumidor teve um grande desenvolvimento, gerado pelo surgimento da mídia e os avanços tecnológicos, conforme explicita Miriam de Almeida Souza:

a guerra intensificou a produção industrial em massa, e contribuiu para as grandes invenções e o aprofundamento da produção em série. Todo o esforço da guerra resultou, inevitavelmente, em aumento substancial de produção no posterior tempo de paz. O know-how gerado para a guerra provocou, então um crescimento em vários segmentos industriais, gerando um arsenal de produtos supérfluos e diversificados, em um mercado antes restrito somente ao essencial. Com o advento da televisão, resultou da propaganda informativa o marketing (desenvolvido em forma de propaganda de guerra), com o objetivo de escoar a produção no mercado. Com isso, aumentaram os problemas relacionados à produção e ao consumo, em face de uma competitividade altamente sofisticada por causa das novas mídias e das próprias complexidades dos mercados surgidos no pós-guerra, e do advento do marketing científico. Passou-se então a praticar uma concorrência desleal, fortalecendo a tendência da formação dos cartéis, trustes e oligopólios, o que sem dúvida, colaborou, dentre outros motivos, para o agravamento dos problemas sociais e conflitivos urbanos em decorrência da concentração de renda.³

Os Estados Unidos elaboraram sua primeira lei de proteção do consumidor em 1890, a Lei Sherman, que é a lei antitruste americana. Todavia, a proteção do consumidor teve seu maior crescimento por volta dos anos 1960, quando, através das iniciativas do presidente americano John Fitzgerald Kennedy, ocorreu a consolidação do Direito do Consumidor nos Estados Unidos, identificando-se os pontos mais importantes em torno da questão, tais quais: o consumidor tenha o direito de ser informado sobre as condições e serviços; o direito a preços justos; que sua voz seja escutada; e, a clareza dos bens e serviços colocados a sua disposição.

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na sua 29ª Sessão, em Genebra, reconheceu os princípios inerentes ao consumidor, intitulando-os de Direitos Fundamentais do Consumidor. Já em 1985, os direitos básicos do consumidor foram reconhecidos mundialmente por meio da Resolução nº 39/248 das Nações Unidas, que

³ SOUZA, Miriam de Almeida. *A política do consumidor no direito comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996. p. 54.

estabeleceu objetivos, princípios e normas para os países atuarem frente à proteção consumerista.

2.1.1 Direito do consumidor no Brasil

No Brasil, a proteção do consumidor não se iniciou apenas em 1990 com a edição do CDC (Lei n. 8078/90). Desde o Império, na vigência das Ordenações Filipinas, já havia uma idéia de proteção, ao passo que se punia a falsificação de mercadorias, bem como havia previsão de multa aos comerciantes que vendessem determinadas mercadorias acima do preço fixado em tabela.

Mais recentemente, antes da edição do CDC, a proteção consumerista era feita através da aplicação do Código Civil de 1916 e diversas leis esparsas, tais quais: a Lei da usura (Decreto n. 22.626/1933), o Decreto-lei n. 9.840/1938 e o Decreto-lei n. 1.109/1946, substituídos pela Lei n. 1.521/1955 (Lei de Economia Popular), entre outras.

Diante da importância do tema, surgiram debates acerca da matéria, em 1971 e 1973, liderados pelo então deputado Nina Ribeiro. Em 1978 criou-se o PROCON de São Paulo, e posteriormente em 1985 surgiu o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. A normatização da proteção do consumidor através de várias leis esparsas culminou na inserção da defesa do consumidor no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com a elevação da proteção do consumidor ao âmbito constitucional não tardou para que fosse apresentado projeto de lei sistematizando as normas correlacionadas. O projeto de lei que deu origem ao CDC foi apresentado pelo então deputado Geraldo Alckmin.

O CDC, instrumento precípua de proteção do consumidor foi promulgado em 11 de setembro de 1990, tendo como data de início de vigência 13 de março de 1991. O referido diploma inspirou a lei de proteção na Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai e projetos em países da Europa.

2.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRECEITOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

A CF/88 como lei máxima do Estado traz em seu texto as principais regras do ordenamento jurídico da sociedade, essas que devem ser observadas e respeitadas por todos, inclusive pelo legislador infraconstitucional. Tais normas devem ser interpretadas a partir de princípios, esses que além de ajudarem na interpretação, servem como guia na aplicação das normas constitucionais. Sobre o assunto Rizzato Nunes ensina:

Pode-se dizer, portanto, que os princípios são 'regras-mestras dentro do sistema positivo', cabendo ao intérprete buscar identificar as estruturas básicas, os fundamentos, os alicerces do sistema em análise. Se se tratar da Constituição, falar-se-á em princípios constitucionais, se se referir ao CDC ou ao Código de Processo Civil, serão princípios legais daqueles sistemas normativos, de natureza infraconstitucional.⁴

Completa o autor ao citar Celso Bastos:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas'.⁵

Nesse diapasão, tem-se que o direito do consumidor deve ser analisado primeiramente a partir da lei máxima do ordenamento, que ditará as diretrizes à aplicação e criação daquele ramo do direito. Os princípios aplicáveis serão todos aqueles que guardam relação com a pessoa do consumidor, não implicando, todavia, que sejam específicos para essa classe.

Assim, para melhor compreensão dos princípios específicos do direito do consumidor, faz-se mister uma análise dos princípios gerais da CF/88, também relacionados ao direito do consumidor, previstos nos arts. 2º e 3º:

⁴ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

⁵ BASTOS *apud* NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A soberania é a capacidade de um Estado autodeterminar-se, impondo regras de conduta em seu bojo e, também, permitindo o relacionamento com os outros Estados Internacionais. A dignidade da pessoa humana surge como princípio basilar na análise dos direitos e garantias da CF/88, o qual pressupõe a existência de um “mínimo vital”, para os cidadãos, expressão utilizada por Celso Antônio Pacheco Fiorillo.⁶ Ainda, pode-se abordar o princípio da dignidade como característica inerente ao ser humano, a qual lhe é garantida desde seu nascimento.

O princípio da liberdade, nos aspectos ligados ao direito do consumidor está inserido nos artigos 1º, IV e artigo 3º, I, ambos da CF/88. O primeiro inciso traz a idéia de liberdade na escolha de realizar empreendimentos, já no segundo está garantido o direito de livre ação do consumidor, quando ele pode escolher o que deseja consumir, sendo que seu desejo represente a possibilidade de sua satisfação.

O artigo 3º, I, da CF/88, cita, ainda, a solidariedade e a justiça como objetivos a serem alcançados pela República. A primeira nada mais é que um dever de assistência entre os membros de uma sociedade. Já a justiça, deve ser pautada na equidade, da qual se retira que as normas devem ser aplicadas buscando a situação mais próxima possível do justo para as partes envolvidas.

A erradicação da pobreza (artigo 3º, III, CF/88) surge como uma premissa ao estudo do CDC, uma vez que a própria constituição reconhece a existência de vasta pobreza em sua população, de modo que a proteção consumerista deverá levar em conta esta situação. Outro princípio de importante relevância para o estudo em seguimento é o da isonomia, expressamente previsto no *caput* do artigo 5º da CF/88:

⁶ FIORILLO *apud* NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Segundo José Afonso da Silva, Aristóteles já analisava tal princípio, dando-lhe a adequada extensão de interpretação, dizendo que: devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Ou seja, poderá haver discriminação das pessoas quando algumas apresentarem desigualdades em relação a outras. Como, por exemplo, atendimento privilegiado para idosos e gestantes. Nas palavras do doutrinador:

o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.⁷

Outros princípios de suma importância são o da garantia do direito à vida, intimidade, vida privada, honra e imagem. O direito à vida deve ser entendido de uma forma mais ampla, como a garantia de uma vida digna. Já os outros princípios protegem as pessoas em suas vidas íntimas, impondo restrições à veiculação de imagens e notícias, práticas desonrosas ou que exponham a situações vexatórias.

Há, ainda, o direito de informação, visto por três aspectos: o direito de informar; o direito de se informar; e o direito de ser informado. Ressalte-se ser este último de abrangência menor do que no âmbito da proteção do consumidor, no qual há a obrigação do fornecedor informar aos consumidores.

Nos incisos I a V do artigo 170 da CF/88 estão pautados os princípios relacionados diretamente com a atividade econômica, tais quais: a propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; e a possibilidade de exploração da atividade econômica, segue seu texto:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 215.

A proteção à propriedade privada nada mais é que a garantia da pessoa natural ou jurídica ser titular de sua propriedade. Tal direito deve ser limitado através de sua função social, ou seja, seu uso correto. A livre concorrência consubstancia-se na premissa do explorador empreender-se em oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores em preço e qualidade do que seu concorrente. A defesa do consumidor deve assegurar uma situação econômica favorável ao consumidor, proporcionando-lhe produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos.

A possibilidade de exploração da atividade econômica está prevista no parágrafo único do art. 170, da CF/88, que dita: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Último princípio a ser abordado, a publicidade, prevista em diversos artigos CF/88, surge como forma de conhecimento do produto e do serviço pelo consumidor, possuindo também limitações em sua utilização.

2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o desenvolvimento das relações consumeristas e a massificação dos contratos, o Estado foi obrigado a tomar uma posição intervencionista, intencionando a correção de distorções e desequilíbrios advindos das relações de consumo. Neste diapasão, a constituição de 1988 implantou no ordenamento jurídico brasileiro a garantia do consumidor como direito fundamental em seu art. 5º, XXXII. Outros artigos de seu texto também enquadram esta proteção, quais sejam o art. 129, III, o art. 170, V e por fim o art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

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;

Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Assim não tardou para que o Código de Defesa do Consumidor, instrumento precípuo de proteção do consumidor, fosse promulgado em 11 de setembro de 1990, tendo

como data de vigência 13 de março de 1991. Acerca da instrumentalidade do CDC leciona Celso Marcelo de Oliveira:

Certo é que a tarefa do legislador infraconstitucional está em apenas criar mecanismos para a defesa do consumidor, posto que a defesa do consumidor já está assegurada pelo constituinte originário como verdadeiro direito subjetivo oponível ao particular e ao Poder Público, mormente em face da norma enunciada no artigo 5º, parágrafo 1º do Estatuto Máximo, *in verbis*: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.⁸

Seu corpo é composto de seis títulos intitulados: I- Dos direitos do Consumidor; II- Das infrações Penais; III- Da defesa do Consumidor; IV- Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; V- Da convenção Coletiva de Consumo; e, VI- Disposições Finais.

2.3.1 Princípios relativos à relação de consumo

Imbuído pelo espírito protecionista do Estado, o CDC estabelece princípios inerentes às relações de consumo, quais sejam: vulnerabilidade, transparência, boa-fé e equidade.

A vulnerabilidade, que por si só, está abarcada no art. 4º, I, do CDC, é o princípio formador de toda proteção consumerista. Através dele é reconhecida a condição do consumidor na qualidade do agente mais fraco na relação de consumo, tanto em relação aos meios de produção como no aspecto econômico. A situação de fraqueza do consumidor é universalmente declarada:

Nesse sentido já se manifestou a ONU e sob esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), de um lado assumindo a postura de garantidor, e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, reconhece carecedor de proteção.⁹

Referido princípio nada mais é do que a isonomia sob a ótica do direito do consumidor, a qual busca, como já se citou anteriormente, tratamento desigual entre os que apresentem condições desiguais. Todos são iguais perante a lei, e a aplicação da isonomia nas relações de consumo vem declarar a vulnerabilidade do consumidor.

⁸ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor*. Campinas: LZN, 2003. p. 21.

⁹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 17.

A boa-fé¹⁰ trata-se do princípio geral do direito contratual, do qual se retira a necessidade de agir corretamente, com lisura e de acordo com as regras da moral. Neste diapasão, encontra-se no CDC diversas presunções legais, visando assegurar o equilíbrio entre as partes. Sobre o assunto leciona João Batista de Almeida:

O Código de Defesa do Consumidor é repleto dessas presunções, como a que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, art. 12) e a que autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII). O capítulo VI, relativo à proteção contratual, é, no entanto, o campo mais propício para disposições desse jaez. Note-se, por exemplo, a nulidade absoluta das cláusulas elencadas nos incisos do art. 51, bem como a presunção de exagero em cláusulas que instituem determinadas vantagens (art. 51, §1º) e de nulidade daquelas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor na compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento parcelado (art. 53).¹¹

A equidade impõe equilíbrio às relações consumeristas, mantendo-se os direitos e deveres das partes contratantes em harmonia, com a finalidade de encontrar a justiça contratual. O princípio da transparência significa dar informações claras e corretas acerca do produto ou serviço e do contrato a ser firmado.

2.3.2 Direitos básicos do consumidor

João Batista de Almeida¹² enumera os direitos fundamentais e universais do consumidor reconhecidos pela ONU, através da Resolução n. 32/248, de 10 de abril de 1985: direito à segurança, direito à escolha, direito à informação, direito a ser ouvido, direito à indenização em razão da ocorrência de danos morais e materiais, direito à educação para o consumo, direito a um meio ambiente saudável, direito à proteção contratual, direito a melhoria dos serviços públicos.

O CDC disciplina em seu art. 6º quase todos os direitos internacionalmente reconhecidos, não estando previsto o direito do consumidor a ser ouvido e o direito a um meio ambiente saudável. Isso não quer dizer que os direitos não relacionados expressamente no CDC não possuam proteção conforme dispõe seu art. 7º:

¹⁰ A boa-fé objetiva, importante princípio contratual, será analisada mais a fundo em item posterior.

¹¹ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

¹² ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Os direitos previstos neste código 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.

O direito à segurança obriga o fornecedor a colocar no mercado somente serviços e produtos que não acarretem prejuízos ou riscos ao consumidor, do mesmo modo que ao descobrir que algum produto ou serviço provoca riscos à saúde ou segurança, deve-se comunicar imediatamente o fato aos consumidores, providenciando sua retirada do mercado e a troca do produto ou devolução do valor pago.

Já o direito à educação pressupõe que o consumidor seja possuidor de conhecimentos necessários à adequada obtenção de serviços e produtos. Tal educação pode ser dada formal e informalmente, a primeira se dá com sua inclusão nos currículos escolares e, a segunda, com a propagação pelos meios de comunicação social.¹³

O direito à informação assegura ao consumidor o correto esclarecimento acerca das características dos produtos e serviços no que tange principalmente à especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

O direito à proteção contratual é ponto chave para o problema que se pretende apresentar neste trabalho. Tal proteção abrange a repreensão contra as cláusulas abusivas e exageradas e, também, a publicidade enganosa. O CDC repudia tais práticas em diversos de seus artigos, tais quais: 30, 51, 53 entre outros.¹⁴ Como forma exteriorizar esta proteção, o CDC traz em seu art. 6º, V a possibilidade de “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

O CDC impõe uma série de medidas, garantias e direitos para prevenir a ocorrência de danos ao consumidor. Contudo, muitas vezes estes acontecem. Assim, também está compreendido entre os direitos básicos o de indenização sobre os danos materiais e morais. O direito a um meio ambiente saudável não foi diretamente reproduzido pelo CDC,

¹³ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

¹⁴ 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. [...] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] 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.

todavia é direito assegurado a toda população brasileira, expresso no art. 225, da CF/88,¹⁵ não havendo necessidade de ser reproduzido especificamente na legislação consumerista.

Sabe-se que o Estado também desenvolve o papel de fornecedor juntamente com empresas privadas aos prestarem serviços públicos. É dentro desta ótica que surge o direito à melhoria dos serviços públicos, consubstanciado no princípio constitucional da eficiência (artigo 37 da CF/88).¹⁶ Ainda, pode-se juntar a lista o direito de acesso a justiça e o de facilitação de defesa dos direitos do consumidor.

O direito de acesso a justiça é protegido pela legislação pátria ao passo que se criou instrumentos de gratuidade para aqueles que não possuem condições de arcar com as despesas processuais no sentido amplo. Desta forma tem-se que o consumidor que necessite pode fazer uso da assistência judiciária prevista na Lei n. 1.060/50, bem como da disposta no art. 5º, LXXIV, da CF/88,¹⁷ sendo um dos mecanismos previstos para que haja a facilitação de defesa do consumidor, além da inversão do ônus da prova.

2.3.3 Alguns conceitos no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor surgiu como verdadeiro microsistema de normas no ordenamento jurídico pátrio, de forma que possui aplicação supletiva e complementar em relação às outras leis, sendo inferior apenas a própria Constituição Federal. Diante deste aspecto de autonomia em relação a outras normas, ensina Rizzato Nunes:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros, etc.), porém, estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com ele colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.¹⁸

¹⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁷ Art. 5º, XXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

¹⁸ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

O âmbito da aplicação do diploma consumerista é dado, tendo-se em vista alguns conceitos abarcados em seu texto, tais quais: consumidor, fornecedor, produto e serviço, previstos respectivamente nos arts. 2º, 3º, §§ 1º e 2º e o de relação de consumo. O conceito de consumidor está previsto no Art. 2º, do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Outros dispositivos do Código também estabelecem extensão do conceito de consumidor:

Art. 2. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[...]

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

[...]

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Na doutrina e na jurisprudência existem duas correntes para classificar consumidor: a maximalista e a finalista. A posição maximalista, também chamada objetiva ou jurídica avalia o conceito de consumidor sob o aspecto do ato em si, desconsiderando afetações de caráter subjetivo quanto ao consumidor atuar ou não profissionalmente.¹⁹ Ela é mais ampla que a finalista e entende o CDC como sendo um regulamento para as relações de consumo em geral, não importando se o consumidor é pessoa jurídica ou física, desde que este seja o destinatário final do produto. Para esta corrente, o destinatário final é:

[...] destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.²⁰

É neste sentido que se posicionam José Manuel de Arruda Alvim e Fátima Nancy Andrighi, bem como a Primeira e Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A corrente finalista, subjetiva, econômica ou minimalista possui viés mais restritivo, privilegiando como destinatário final apenas aquele que adquire o produto para consumo próprio e de sua família, retirando deste âmbito o consumo para fins direta ou indiretamente ligados com a atividade econômica, ou seja, visualiza a situação econômica das partes envolvidas. E, ainda, deve ser averiguada a vulnerabilidade ou hipossuficiência perante o fornecedor.

¹⁹ RODRIGUES, Otávio Luiz Júnior. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.198.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v.1, p.255.

Cláudia Lima Marques e Geraldo de Brito Filomeno, bem como a Quarta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça²¹ filiam-se a corrente finalista. Alinne Arquette Leite Novais explicita a posição esposada por Cláudia Lima Marques, mencionando que a autora:

[...] concorda com a posição finalista, contudo, entende que as normas do CDC podem ganhar amplitude maior e tutelar uma relação entre profissionais, sempre que ficar evidenciada a vulnerabilidade de um dos partícipes, daquele que adquire o produto ou faz uso do serviço, uma vez que o intuito maior é evitar o desequilíbrio no contrato.²²

Com relação aos outros conceitos de consumidor relacionados no CDC, o parágrafo único do art. 2º prevê a possibilidade da proteção à coletividade de pessoas formada por uma universalidade, conjunto de consumidores, grupo, classe ou categoria quando possuírem ligação com um produto ou serviço. Neste sentido dispõe Maria Antônia Zanardo Donato:

Será, pois, a partir do parágrafo único do art. 2º do CDC, que a proteção de todos os direitos que emanam das normas consignadas no CDC serão tutelados de norma coletiva, quer seja a pretensão a ser defendida caracterizada como difusa, coletiva ou individual homogênea.²³

Alguns exemplos de direitos coletivos a serem tutelados são: a publicidade enganosa ou abusiva e a colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores.²⁴ A equiparação à pessoa do consumidor trazida pelo art. 17 do CDC somente é aplicada na seção em que está inserida, que trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Desta forma todas as vítimas do acidente de consumo são equiparadas aos consumidores quanto à responsabilidade do fornecedor que dispõe produto ou serviço defeituoso no mercado.

Por fim, o conceito do art. 29 é aplicável aos Capítulos 5 e 6 do CDC, os quais tratam das Práticas Comerciais e da Proteção Contratual. Alinne Arquette Leite Novais sintetiza referido artigo expondo:

²¹ No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (CC n. 2004/0147617-1 Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113) S2 - SEGUNDA SEÇÃO 08/03/2006 DJ 20/03/2006 p. 189)

²² NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v.12, p. 128.

²³ DONATO *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v.12, p. 137

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 625.

Assim, qualquer pessoa exposta a uma prática comercial estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, tais como oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e bancos de dados e cadastros de consumidores, bem como qualquer pessoa que faça um contrato portador de cláusulas abusivas ou que se submete à aceitação de um contrato de adesão, é considerada consumidor e, portanto, está apta a agir como tal, fazendo uso das normas do CDC para defender seus direitos.²⁵

E conclui dando uma amplitude maximalista ao dispositivo: “Portanto, o contrato de adesão, definido no art. do CDC, é disciplinado sempre como uma relação de consumo, já que, o seu aderente, por equiparação, é sempre um consumidor”.²⁶

Como o fizera com consumidor, traça o CDC, em seu art. 3.º, o conceito de fornecedor: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de *serviços*”. A respeito do tema leciona Rizzato Nunes:

A leitura pura e simples desse *caput* já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

[...]

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.²⁷

Alinne Arquette Leite Novas²⁸ entende que a análise do conceito de fornecedor deve ser dividida, enfocando-se primeiramente o aspecto subjetivo, ou seja, as pessoas que podem ser fornecedoras e, em segundo plano, o aspecto objetivo relativo às atividades desenvolvidas para que seja possível o enquadramento em tal conceito. Deste modo, para que uma pessoa seja considerada fornecedora, faz-se mister a presença tanto do aspecto objetivo como do subjetivo.

Ainda no art. 3.º do CDC, respectivamente, no seu parágrafo primeiro e em seu parágrafo segundo, encontram-se os conceitos de produto e de serviço, traçados pelo diploma consumerista. Pela dicção legal, produto seria "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou

²⁵ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 142.

²⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 143.

²⁷ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

²⁸ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 114-115.

imaterial"; já serviço, "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".

Seguindo a linha de conceitos inerentes ao estudo em questão, entende-se por relação de consumo, segundo Nelson Nery Junior, a relação jurídica entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto o produto ou o serviço.²⁹ Por sua vez, outro dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, José Geraldo Brito Filomeno, assim a define:

As relações de consumo nada mais são do que 'relações jurídicas' por excelência, pressupondo, por conseguinte, dois pólos de interesses: consumidor — fornecedor e a coisa, objeto desses interesses. No caso, mais precisamente, e consoante ditado pelo Código de Defesa do Consumidor, tal objeto consiste em 'produtos' e serviços.³⁰

Desta forma, elucidados alguns conceitos presentes no texto do CDC, passa-se a análise da caracterização do banco como fornecedor e a conseqüente aplicação do CDC às instituições financeiras.

2.3.4 Aplicação do CDC aos contratos bancários

Quando o Código do Consumidor foi editado muito se questionou acerca da incidência de suas normas nos contratos de origem bancária, tendo sido proposta Adi pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, julgada improcedente por nove votos a dois, em junho de 2006. Atualmente a matéria encontra-se sumulada pelo STJ através da Súmula n. 297: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Todavia, há quem defenda sua não aplicação, embasando seu entendimento no fato de que, como o serviço prioritário oferecido pelas instituições financeiras é o crédito, não seria o adquirente deste, o destinatário final, não sujeitando, portanto, a relação ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, pois não haveria como se consumir o dinheiro, logo, não existiria relação de consumo.³¹

Sobre a discussão Cláudia Lima Marques afirma que:

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 167.

³⁰ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 89.

³¹ WALD, Arnaldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação as instituições financeiras*. São Paulo: RT. v. 666, abr. 1999, p. 7-17.

A caracterização do banco ou instituição financeira como fornecedor está positivada no art. 3º, caput do CDC e especialmente no § 2º do referido artigo, o qual menciona expressamente como serviços as atividades de 'natureza bancária, financeira, de crédito'.

E mais adiante: "A caracterização do banco ou instituição financeira como fornecedor sob a incidência do CDC, é hoje pacífica." Acrescenta ainda: "O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo".³²

Segundo alguns doutrinadores, entre eles Antônio Carlos Efig, o art. 29 do CDC coloca fim a discussão uma vez que, através dele, os clientes de instituições financeiras estão equiparados aos consumidores. Cita o jurista:

Na maior parte das vezes, tanto as empresas como as pessoas físicas estarão enquadradas na extensão conceitual de consumidor prevista pelo art. 29 do CDC, diante da proteção contratual conferida ao consumidor que firma contrato de adesão com a instituição bancária contendo cláusulas nulas em sua grande maioria.³³

Desta forma, ainda que existam entendimentos contrários, a aplicação do CDC aos contratos bancários encontra-se pacificada pela jurisprudência pátria.

2.3.5 Tutela ao consumidor: CDC como instrumento de proteção

Conforme visto anteriormente, o CDC traz em seu corpo um sistema completo de regras, desde princípios próprios, direitos básicos, conceitos, até as tutelas específicas do consumidor em cada âmbito. Assim expõe João Batista de Almeida:

O CDC constitui um microsistema na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo uma visão de conjunto das relações de consumo, sem se deixar contaminar por regras de outros ramos do direito. Assim, preferiu o legislador tratar no CDC do aspecto civil das relações de consumo, sem deixar o seu disciplinamento para uma futura e incerta alteração do Código Civil. Da mesma forma, em relação aos aspectos penal, administrativo e jurisdicional.

[...]

O microsistema codificado, por força de seu caráter interdisciplinar, outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).³⁴

³² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 358.

³³ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

³⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76-77.

Ainda, sobre o aspecto multidisciplinar do CDC, faz-se oportuna a lição de Celso Marcelo de Oliveira:

Partilhamos da posição do insigne e emérito professor Sérgio Cavalieri Filho que concebe o CDC como uma “sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo”, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social. A Lei n. 8.078/90, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).

[...]

Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício. Reclamam sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão.³⁵

Neste diapasão, tem-se que o CDC é um sistema completo de regras que possui uma tutela específica para o consumidor, devendo, todavia, estar em conformidade com a CF/88.

³⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor*. Campinas: LZN, 2003. p. 19.

3 TEORIA CONTRATUAL E A REVISÃO DOS CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Prosseguindo na presente pesquisa, este capítulo abordará mais uma série de conceitos necessários à realização do estudo, dispondo, em síntese, sobre o desenvolvimento da teoria contratual com o advento do CDC, bem como a caracterização do contrato bancário como de massa e a possibilidade de inserção de cláusulas abusivas em seu bojo. Por fim, serão analisadas as cláusulas abusivas e os respectivos instrumentos de controle previstos no CDC.

3.1 A TEORIA CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Neste item serão abordadas a teoria tradicional do contrato no direito brasileiro e, posteriormente, a teoria social, como forma de demonstrar a evolução sofrida em relação aos contratos sob a égide do CDC.

3.1.1 A concepção tradicional do contrato

Inicialmente, retira-se da lição da Maria Helena Diniz que: “Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.³⁶ Clóvis Beviláqua afirma: “O contrato é o acordo de vontades para fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos”.³⁷ Da mesma forma dispõe

³⁶ DINIZ *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 111.

³⁷ BEVILÁQUA *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 111.

Sílvio Rodrigues, “contratos são negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade”.³⁸

O contrato é instrumento primordial do direito privado, através dele possibilita-se a regulação de direitos entre as partes. Tais regulamentações, todavia, devem seguir os princípios fundamentais do direito, sendo impossível o estabelecimento de disposições *contra legem*.³⁹

O contrato possui função essencialmente econômica ao concretizar interesses individuais de natureza patrimonial, conforme Cláudia Lima Marques, “o valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade”.⁴⁰ Porém, os contratos devem guardar em si uma função social, esta será abordada quando for exposta a teoria contratual moderna.

A teoria tradicional do contrato é permeada pelo dogma da autonomia da vontade, de modo que, conforme Pontes de Miranda, “o auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum* que a vincule”.⁴¹ Assim, a autonomia da vontade é a capacidade de decidir pela realização ou não do contrato, ou de uma outra relação jurídica pautada na satisfação dos interesses pessoais, econômicos e sociais.

O princípio da autonomia da vontade foi estruturado ao longo da história, remontando sua formação ao direito romano. Todavia, a autonomia neste período não possuía os contornos de princípio, era apenas considerada em seu contexto fático, de modo que não se pode dizer que este instituto teve seu início no direito romano. De acordo com Cláudia Lima Marques, destacam-se como principais origens deste princípio o Direito Canônico, a Teoria do Direito Natural, as Teorias de Ordem Política e a Revolução Francesa e as Teorias Econômicas e o Liberalismo.⁴² Dentre as teorias a que mais contribuiu para a constituição do princípio da autonomia da vontade foi a Teoria do Direito Natural, baseada nas idéias de Kant, citadas por Alinne Arquette Leite Novais:

As idéias de Kant, neste ponto, foram essenciais para o entendimento da pessoa humana como ente de razão e, portanto, como fonte fundamental do direito, já que

³⁸ RODRIGUES *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 111.

³⁹ BEMBOM, Marta Maria Vinagre *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 106.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 36

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 112.

⁴² MARQUES, Cláudia *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 39.

por meio de sua vontade a expressão jurídica se realiza³⁸. Em várias passagens de sua obra intitulada *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant atribui à vontade o papel de legisladora universal, dizendo, em um momento, que um indivíduo “esteja sujeito só à sua própria legislação, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal”. (nota- p39) Em outro ponto dessa importante obra, Kant conceitua o princípio da autonomia da vontade, dizendo que “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo como lei universal”.⁴³

O liberalismo surge como movimento de maior relevância para a formação da teoria contratual clássica, caracterizado pela mínima intervenção do Estado nas relações entre particulares, preponderando, assim, a vontade das partes contratantes. Neste sentido ensina Paulo Luiz Neto Lôbo:

A noção de contrato, como expressão da liberdade individual e da autonomia da vontade, foi desenvolvida em um contexto histórico preciso: o Estado moderno. E, mais precisamente, na fase do Estado liberal. Seu ápice coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico.⁴⁴

Surgiram neste período duas teorias subjetivas explicativas da autonomia da vontade: a Teoria da Vontade, tendo como fundadores Savigny e Windscheid e a Teoria da Declaração, desenvolvida por Liebe e Bülow. A primeira busca a vontade interna das partes, sendo esta que cria direitos e obrigações. Já a segunda vê na declaração externa a responsável pela constituição do contrato. Existem, também, teorias objetivas a respeito deste princípio, tais quais: a normativista e a perceptiva.⁴⁵

A primeira possui dois fundadores, Luigi Ferri e Kelsen, ambos acreditam que o negócio jurídico, através da vontade das partes, é fato criador de normas. Contudo, divergem quanto à autonomia das normas criadas. O primeiro acredita que as normas criadas são autônomas, sendo desenvolvidas no âmbito do próprio direito, ao passo que o segundo diz que tais normas disciplinam apenas condutas que, ao serem violadas, aplicar-se-ia sanções previstas nas normas jurídicas gerais.

A teoria perceptiva de Emílio Betti é definida como “uma tese intermediária que define a autonomia privada como poder de auto-regulamentação dos interesses particulares.

⁴³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 40.

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 42.

⁴⁵ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 42.

[...] a autonomia privada é fonte de preceitos, não de normas jurídicas”.⁴⁶ Como abrandamento da teoria subjetiva da declaração surge a teoria da confiança, reconhecendo além da declaração das partes, a vontade pautada na boa-fé de quem a declara.

O princípio da autonomia da vontade, como corolário da teoria contratual clássica, dispõe a vontade como cordão umbilical dos contratos, sendo que somente ela é capaz de gerar direitos e obrigações às partes. Desenvolvendo-se este princípio surgem outros princípios que também norteiam a teoria clássica, tais quais o princípio da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, da relatividade dos efeitos colaterais, do consensualismo e da igualdade.

O princípio da liberdade contratual conforme conceitua Alinne Arquette Leite Novais:

traduz a ampla liberdade concedida, pelo Estado liberal, às partes contratantes, de escolher tudo o quanto mais conveniente para a formação do vínculo. Uma vez escolhido livremente todos os aspectos norteadores do contrato, através da manifestação da vontade de forma livre e autônoma, é criado para as partes um vínculo cujo cumprimento é por elas obrigatório, cabendo ao Estado zelar para a fiel obediência aos termos do ajuste.⁴⁷

Todavia, deve-se ressaltar que tal princípio é limitado pelas normas de ordem pública e pelos bons costumes.

O princípio da força obrigatória dos contratos estabelece a necessidade do cumprimento do contrato que foi celebrado com observância de todos os pressupostos e requisitos de validade, formando uma verdadeira lei entre as partes. Neste sentido ensina Enzo Roppo: “Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: *‘pacta sunt servanda’*”.⁴⁸ Alinne Arquette Leite Novais completa:

Nesse ponto fala-se, então, em intangibilidade do conteúdo dos contratos, princípio importante que decorre da obrigatoriedade de seu cumprimento, significando a impossibilidade de revisão das cláusulas do contrato ou de liberação do pacto assumido, por ato do juiz.⁴⁹

Da mesma forma, o princípio da obrigatoriedade não pode ser concebido de forma absoluta. Já entre os romanos, admitia-se a possibilidade de, em casos especiais, os contratos

⁴⁶ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 43.

⁴⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 53-54.

⁴⁸ ROPPO, Enzo *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 54.

⁴⁹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 55.

serem descumpridos, mas foi com os canonistas que surgiu a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, a qual limitava o referido princípio. Durante a Idade Moderna ocorreu o ápice do voluntarismo e tal cláusula foi esquecida, surgindo o princípio da intangibilidade do conteúdo contratual. Somente durante e após a Primeira Guerra Mundial a cláusula teve seu desenvolvimento, dando origem, posteriormente, a Teoria da Imprevisão.

O princípio da relatividade estabelece que os efeitos do contrato não podem ultrapassar as partes que o celebraram, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Já o princípio do consensualismo dispõe que basta a vontade de duas ou mais pessoas para gerar um contrato válido. Por fim, o princípio da igualdade deveria sugerir que os contratantes, de modo que sendo livres, poderiam da mesma forma exprimir sua vontade. Todavia, nem sempre existe uma igualdade contratual e econômica. A respeito Alinne Arquette Leite Novais explicita:

Desse modo, pode ser verificada a insuficiência da fórmula da igualdade formal para garantir uma justiça contratual. A evolução no sentido da busca de efetivação dessa igualdade no campo material culminou com a mudança dos paradigmas do sistema como um todo e, assim, da teoria contratual.⁵⁰

A mudança na teoria contratual, como mencionado pela autora será analisada no próximo item.

3.1.2 A nova teoria contratual

A concepção tradicional de contrato baseada na autonomia da vontade já não é mais a que prevalece atualmente. A realidade social do momento não comporta a idéia dos contratos regidos unicamente pelas vontades das partes, sobrepondo-se às leis, inclusive, e com intervenção mínima do Estado nesta relação. A partir da Primeira Guerra Mundial, a sociedade passou por um intenso período de aumento da população e das relações entre as pessoas e, como conseqüente, estas relações foram massificando-se.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado Social, a preocupação com o coletivo e o reconhecimento dos direitos sociais aumentou de modo que o contrato passou a ter uma função social semelhante à da propriedade prevista na Constituição Federal.

⁵⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 66.

Cláudia Lima Marques expõe de forma adequada a socialização ocorrida com a teoria contratual:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.⁵¹

A evolução da teoria contratual segue as transformações sociais e do Estado, este que na visão de Paulo Luiz Neto Lôbo, não é “mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas a justiça social em primeiro lugar”.⁵²

Ainda, em consonância com as idéias de Paulo Roberto Luiz Neto, tem-se que o Estado primeiramente assegurou aos cidadãos os direitos individuais, chamados de primeira geração, tais quais: a liberdade, a vida e a propriedade. Posteriormente, o Estado, imbuído do espírito socialista, assegurou os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. Por fim, surgem os direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, protegendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Os direitos do consumidor são exemplo dos chamados de terceira geração, nascidos da necessidade de adequação do direito com a realidade das relações contratuais entre consumidores e fornecedores decorrentes de sua massificação. Neste contexto, expõe Alinne Arquette Leite de Novais:

[...] uma grande marca da evolução da teoria contratual, em consonância com a evolução da sociedade, e a conseqüente passagem do Estado liberal para o Estado social, foi a superação do dogma da autonomia da vontade como o máximo balizador do direito contratual, para a adoção de dois novos princípios para tal posição – o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente.⁵³

Assim, a teoria contratual teve profundas mudanças, adequando-se a sociedade emergente. Todavia, o princípio da autonomia da vontade não foi suprimido, mas teve sua importância reduzida.

⁵¹ MARQUES, Cláudia *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 69.

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Neto *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 70.

⁵³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 71.

3.2 PRINCÍPIOS DA TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS

Com a transformação da teoria contratual clássica, as características primordiais dos contratos foram relativizadas, dando lugar a princípios mais sociais, tais quais a imposição da boa-fé, a tutela do hipossuficiente e a intervenção do Estado na autonomia da vontade. Neste item serão analisados os dois primeiros, haja vista a intervenção do Estado já ter sido tratada no primeiro capítulo com a elaboração do CDC.

3.2.1 Boa-fé

O princípio da boa-fé possui dois aspectos, o subjetivo que estabelece a intenção da pessoa de agir de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica; e o objetivo, através do qual as pessoas devem agir em consonância com os ideais de honestidade e lealdade, respeitando o outro e seus interesses. Em matéria contratual é no aspecto objetivo que a boa-fé possui importância.

O Código Civil de 1916 não trouxe em seu bojo o princípio da boa-fé objetiva como norteador dos contratos, apenas apresentou algumas regras estabelecendo a necessidade de sua observância, tais quais os arts. 1.404 e 1.443,⁵⁴ referentes, respectivamente, ao contrato de sociedade e de seguro.

Apesar da inexistência de cláusula geral de boa-fé, Clóvis Beviláqua reconheceu a necessidade de respeito ao referido princípio ao comentar o art. 1.443, do Código Civil de 1916: “Diz-se que o seguro é um contrato de boa-fé. Aliás, todos os contratos devem ser de boa-fé”.⁵⁵

O Código Civil de 2002 acaba com o impasse e estabelece o princípio da boa-fé como norteador da teoria contratual em seu art. 422, que dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵⁴ Art. 1.404. A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade (art. 1.399, V), quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e notificada aos sócios 2 (dois) meses antes. [...] Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

⁵⁵ BEVILÁQUA *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 72.

Contudo, o princípio da boa-fé objetiva foi introduzido primeiramente na legislação pátria através do CDC, mais precisamente nos arts. 4º, III, e o art. 51, IV.⁵⁶ Conforme o entendimento de Cláudia Lima Marques implica em:

[...] uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁵⁷

Rizzato Nunes⁵⁸ entende que a boa-fé no âmbito do CDC é princípio (art. 4º, III) e cláusula geral (art. 51, IV). Como princípio, a boa-fé tem como função a observância às regras constitucionais, mais precisamente no que tange a compatibilização dos princípios constitucionais do art. 170, CF/88. Já a boa-fé como cláusula geral, nos dizeres de Agathe Schmidt:

[...] exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram agir.⁵⁹

A boa-fé objetiva possui duas funções, a de criação de novos deveres a serem observados durante a existência do vínculo contratual e, ainda, a de limitação dos direitos subjetivos das partes, que de acordo com Cláudia Lima Marques é expressão de obediência ao preceito constitucional da necessidade do contrato cumprir sua função social. Alinne Arquette Leite de Novais elenca alguns dos deveres decorrentes da boa-fé: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; o dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e deveres de omissão de segredo.⁶⁰

⁵⁶ 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, atendidos os seguintes princípios: [...] 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. [...] 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.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 78.

⁵⁸ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 606.

⁵⁹ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17. jan./mar. 1996, p. 156.

⁶⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 78-79.

3.2.2 A tutela do hipossuficiente: o princípio da igualdade

A tutela do mais fraco da relação contratual é também princípio da nova teoria contratual. É consequência necessária da igualdade prevista no art. 5º da CF/88. Faz-se necessária, todavia, a criação de normas garantidoras para que esta igualdade seja concretizada no mundo real. Destaca-se a tutela do consumidor como uma das mais importantes previsões da CF/88 para a realização da igualdade material, do equilíbrio e justiça dentro do campo contratual, ganhando maior força com a elaboração do CDC em 1990. Mário Sérgio Duarte Garcia disciplina:

De uma forma geral, a Lei 8.078 atendeu aos reclamos para os quais é dirigida. O novo Código representa instrumento que visa contrabalançar os desequilíbrios entre os produtores e os consumidores, na aquisição e utilização de bens e serviços. A proteção aos mais fracos é inerente à nova disciplina legal (art. 4º, I), com o que se acolhe a orientação geral da doutrina precursora, permitindo-se a aplicação do princípio isonômico de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam, como decorrência da norma constitucional vigente assecuratória dos direitos e garantias individuais (art. 5º, caput, da Constituição de 1988).⁶¹

Ainda, acerca da formulação da nova teoria contratual, foi exarada o enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil:

Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

A respeito da nova teoria contratual ensina Cláudia Lima Marques:

Após a vigência da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se um novo sistema contratual no âmbito das relações de consumo, fundado nos seguintes princípios: (a) socialização da teoria contratual; (b) imposição do princípio da boa-fé; (c) intervencionismo estatal na edição de leis limitadoras do poder de auto-regulamentação de cláusulas contratuais e a determinação do conteúdo de alguns contratos em atividades essenciais, além de permitir ao Poder Judiciário controlar a economia contratual, através da coibição do cumprimento de cláusulas abusivas.⁶²

⁶¹ GARCIA, Mário Sérgio Duarte *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 89.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 168.

Conclui-se, portanto, pela instituição de uma nova teoria contratual, pautada em princípios decorrentes do desenvolvimento social e econômico dos últimos tempos, fulminada pela implantação da legislação consumerista.

3.3 CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS ABUSIVAS: CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Com o desenvolvimento e evolução das relações econômicas, a teoria contratual necessitou adaptar-se a nova realidade de massificação dos contratos, de modo que os contratos de adesão surgiram como facilitadores para possibilitar o atendimento de toda a “demanda contratual” em constante crescimento. A seguir serão analisadas as particularidades deste tipo de contrato, bem como as cláusulas abusivas, as condições gerais contratuais e o contrato bancário em si.

3.3.1 Contratos de adesão

O contrato de adesão, portanto, é instrumento da teoria contratual, criado precipuamente para a consecução dos objetivos do contrato em si. Neste diapasão Elaine Harzheim Macedo sustenta:

[...] importante destacar, outrossim, que o contrato de adesão não é um novo tipo de contrato, com outro objeto distinto aos que tradicionalmente ocupam o universo dos contratos. Trata-se, isso sim, de nova técnica, de nova forma de contratar, aplicável a qualquer categoria de contrato (locação, compra e venda de bem móvel ou imóvel, prestação de serviço, seguro, etc).⁶³

No mesmo sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior:

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.⁶⁴

⁶³ MACEDO, Elaine Harzheim *apud* OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor*. Campinas: LZN, 2003. p. 41.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 456.

O CDC foi o primeiro diploma nacional a estabelecer o conceito de contrato de adesão em seu art. 54, que dispõe:

Contrato de adesão 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.

Valendo-se da idéia de contrato de adesão do CDC, Cláudia Lima Marques afirma que:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne variatur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.⁶⁵

Adiante a autora enumera as principais características do contrato em questão:

1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.⁶⁶

A natureza jurídica do contrato de adesão como efetivo e verdadeiro contrato é questionada por muitos que formularam teses normativistas, ou ainda, outros que consideram o instituto como ato unilateral. Os argumentos por eles utilizados são: “a) a falta de discussões preliminares entre as partes; e b) a forma abstrata das cláusulas, que se assemelham mais a uma lei do que a um contrato”.⁶⁷ Como visto anteriormente, o contrato de adesão no direito brasileiro foi disciplinado como contrato.

É de ser ressaltado que o contrato de adesão em si, ainda que formulado unilateralmente sem a possibilidade de intervenção da outra parte, não deve ser considerado abusivo. É plenamente possível a existência de um contrato de massa com a estipulação de cláusulas legais. O contrato de adesão tornar-se-á ilegal a partir do momento que suas cláusulas ofenderem ao consumidor, desrespeitando os valores e princípios insculpidos no diploma consumerista.

3.3.2 Condições gerais contratuais

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 53-54.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 54.

⁶⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 107.

As condições gerais contratuais são cláusulas unilateralmente pré-elaboradas por um dos contratantes ou por um terceiro com a finalidade de serem inseridas em um número indeterminado de relações contratuais, sendo estas de simples aceitação ou não pela outra parte. Nelson Nery Júnior explica as características destas cláusulas:

Essas cláusulas gerais têm os atributos do preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração. São estipulações feitas por um dos futuros contratantes, denominado predisponente ou estipulante (unilateralidade), antes, portanto, do início das tratativas contratuais (preestabelecimento), que servirão para reger os negócios do estipulante relativos àquela área negocial (uniformidade), sendo que o intento do predisponente é no sentido de que o futuro aderente aceite os termos das cláusulas sem discutir seu conteúdo e de alcance (rigidez), e, ainda, que essa forma de contratação possa atingir indistintamente o contratante que quiser aderir às cláusulas gerais (abstração), vale dizer, que possa haver circulação em massa desses formulários onde estão contidas as cláusulas gerais para que as contratações se dêem em massa.⁶⁸

As cláusulas gerais não se confundem com o contrato de adesão. Na verdade, conforme opinião de Orlando Gomes, ambas são dois aspectos do mesmo fenômeno, sendo o contrato de adesão o modo de efetivação das cláusulas gerais contratuais.⁶⁹ Compartilhando do mesmo entendimento Paulo Heerdt afirma:

Em suma, em um primeiro momento, ainda sem reflexos no mundo jurídico, uma das partes vem a formular condições gerais. Num segundo momento, se utiliza dessas condições para efetuar negócios com terceiros. Este negócio pode ser feito de duas formas distintas: 1) através de um contrato-formulário – portanto, escrito – em que a outra parte adere às condições; 2) o negócio se celebra verbalmente ou de forma mista – parte escrita e parte não escrita –, ocorrendo a aceitação de condições não constantes do contrato standard, mas comunicadas pelos mais variados meios.⁷⁰

O CDC tutela ambos os fenômenos (contratos de adesão e condições gerais contratuais). Todavia, não há dispositivo que trate expressamente da segunda espécie. Nelson Nery Júnior tratou em sua obra⁷¹ a respeito da existência das referidas cláusulas no texto do CDC aprovado pelo Congresso Nacional, em dois dispositivos: no art. 51, § 3º, com a seguinte redação: “O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral” e, também, no art. 54, § 5º: “Cópia de formulário-padrão será remetida ao Ministério

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 361.

⁶⁹ GOMES, Orlando *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 110.

⁷⁰ HEERDT, Paulo *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12, p. 111.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 361-362.

Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”. Contudo, o Presidente da República vetou ambos dispositivos.

Ainda que não estejam positivadas na legislação, as cláusulas gerais são realidade, tanto que se entende pela presença destas em diversos dispositivos do CDC, disciplinando os contratos a elas submetidos. Exemplos são os artigos 30 e 46, do CDC,⁷² nos quais está estabelecido o dever de informar o consumidor acerca da existência das cláusulas e, ainda, nos dispositivos que abarcam o elenco de cláusulas abusivas e os contratos de adesão.

3.3.3 Cláusulas abusivas

A cláusula abusiva é reflexo do desenvolvimento exacerbado da sociedade de consumo, na qual faz-se necessária, cada vez mais, a utilização dos contratos de massa ou de adesão. Em virtude da característica da unilateralidade da criação destes contratos, é facilitada a inclusão de cláusulas desfavoráveis ao consumidor, parte mais fraca da relação de consumo. Não há conceito legal deste instituto no CDC, sendo apenas indicadas nos arts. 51 e 53, que dispõem:

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;

⁷² 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. [...] 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.

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;⁷³

O rol das cláusulas abusivas do art. 51 é considerado pela grande maioria dos doutrinadores⁷⁴ como exemplificativo, de modo que está previsto no *caput* do próprio artigo a expressão ‘entre outras’. Ainda, tal conclusão pode ser feita pelo fato dos incisos IV e XV do referido artigo trazerem verdadeiras cláusulas gerais, conferindo liberdade na apreciação da abusividade da condição inserida em um contrato.

A abusividade das cláusulas pode ser caracterizada através de duas correntes: uma que a liga com a figura do abuso de direito, na qual existe o uso abusivo, ardil, malicioso e em desconformidade com as finalidades dos direitos concedidos a um indivíduo; e outra, ligada à consequência do ato, o desequilíbrio causado pela imposição da cláusula abusiva. A natureza jurídica do abuso de direito é bastante discutida, alguns o consideram como simples ato ilícito, outros como uma categoria jurídica à parte.⁷⁵ O Código Civil inclui o abuso de direito como ato ilícito. Todavia, não determina qual será sua sanção. Cláudia Lima Marques explicita as diferenças entre as duas figuras:

O abuso de direito seria a falta praticada pelo titular de um direito que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, apesar de presentes o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato jurídico) do titular do direito (nexo causal), a sua hipótese de incidência é diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim ilícito.⁷⁶

Outro ponto de diferença entre o abuso de direito e o ato ilícito reside na sanção prevista para tais figuras. Não está previsto, em princípio, a indenização por perdas e danos para quem abusou. Busca-se sim, o retorno ao *status quo*, assim, a vontade abusiva não gerará

⁷³ 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. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade 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. [...] 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.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

⁷⁵ NUNES, Rizatto, *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Didáticos, 2009.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 770.

mais efeitos, invalidando-se a cláusula que a recepiona. Tal diferença, todavia, não é absoluta, de modo que, conforme Cláudia Marques, “[...] as cláusulas abusivas são também contrárias ao direito, ilícitas, se compreendermos o direito não só como o conjunto de leis e de normas, mas como seus princípios gerais, entre os quais, claramente, inclui-se hoje o da boa-fé objetiva”.⁷⁷

Cláudia Lima Marques questiona-se acerca do momento em que é caracterizada a abusividade das cláusulas contratuais e, ainda, da dependência ou não da ocorrência da má-fé subjetiva de quem as elaborou, respondendo a cada uma delas como veremos a seguir:

Efetivamente, o caráter de abusividade da cláusula é concomitante com a formação do contrato, logo nenhuma ligação tem as chamadas causas de revisão dos contratos por atuação de fatores supervenientes (regime diferenciado no CDC, por força do art. 6º, V).

[...]

Talvez o fornecedor nem soubesse que tal cláusula é contrária ao espírito do CDC ou mesmo expressamente proibida na lista do art. 51, talvez nem tenha ele redigido o contrato, cujo conteúdo pode até ser determinado por outra norma de hierarquia inferior (Portaria, Medida Provisória, etc.), mesmo assim permanece o caráter abusivo da cláusula.⁷⁸

Desta forma, conclui-se por uma interpretação de abusividade decorrente da violação ao princípio da boa-fé objetiva, na qual se deve ater mais aos resultados e efeitos do contrato do que a vontade da parte que estipulou as cláusulas.

Com a intervenção do Estado nas relações privadas e a limitação da autonomia da vontade, através do reconhecimento das cláusulas abusivas, dá-se início a uma nova concepção de contrato, deixando-se de lado a concepção clássica, na qual não havia limites na fixação das cláusulas contratuais.

3.3.4 Contratos bancários

O conceito de contrato bancário é de extrema importância para o estudo em comento, pois a Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça tem sua aplicação restrita a esse tipo de contrato.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 770.

⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 772-774.

Os contratos bancários caracterizam-se por serem aqueles através dos quais se realizam operações tipicamente bancárias. Tarefa difícil é a de conceituar contrato bancário distinguindo-o dos outros contratos civis e ao mesmo tempo abrangendo todas as atividades incluídas no rol como bancárias. São utilizados dois aspectos à conceituação de contratos bancários: um que leva em conta o caráter subjetivo e outro que considera o caráter objetivo. No caráter subjetivo, é bancário o contrato realizado por instituições financeiras e, no caráter objetivo é considerada a finalidade específica de intermediação de crédito.

Ressalte-se que nenhuma das duas concepções define satisfatoriamente os contratos bancários, pois o banco pode realizar contratos alheios à sua atividade principal e que não serão considerados bancários. Assim, de acordo com Ruy Rosa de Aguiar Júnior faz-se necessária a reunião dos dois aspectos:

Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7o da Lei no 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito.⁷⁹

Os contratos bancários têm como característica a comutatividade, ou seja, as partes sabem das vantagens e riscos que o contrato comporta, caracterizam-se, também, pelo envolvimento em operações ativas ou passivas, podendo ser devedor (quando recebe fundos) ou credor (quando efetua empréstimos). Além disso, os contratos desta categoria impõem aos bancos obrigações de dar, de restituir ou de fazer. Outra característica é a realização de prova imediata da operação realizada, eis que as operações são contabilizadas e, também, o sigilo estabelecido por lei em relação às informações das operações efetuadas, sendo possível sua quebra apenas por ordem judicial.⁸⁰

Por fim, os contratos bancários são em sua grande maioria de adesão em razão do grande volume de transações efetuadas pelos bancos, conforme explica Ruy Rosa de Aguiar Júnior:

Muito raramente, os contratos bancários são negociados. Na grande maioria das vezes, celebram-se mediante a adesão do cliente (aderente) às condições gerais do negócio, estipuladas pelo estabelecimento financeiro. A massividade da atuação do banco, a obediência a instruções e regulamentos governamentais, as condições próprias do mercado financeiro, a exigir tratamento equivalente entre as operações

⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, série Pesquisas do CEJ. Brasília, 2003. p. 10.

⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, série Pesquisas do CEJ. Brasília, 2003. p. 11.

ativas e passivas, tudo leva à adoção de contrato padrão para os diversos tipos de negócio, que não se distinguem muito de um para outro estabelecimento.⁸¹

Os contratos de adesão já foram devidamente tratados em item anterior nesta pesquisa, cabendo neste momento apenas algumas considerações pertinentes ao deslinde do trabalho.

Já adentrando no ponto crucial do que se pretende trabalhar nesta pesquisa, as cláusulas dos contratos bancários possuem conteúdo que muitas vezes é de difícil compreensão para maioria da população, motivo pelo qual se torna mais fácil a inserção de obrigações onerosas aos consumidores através daquelas.

Um dos meios de efetiva contenção destas cláusulas se dá através do controle administrativo do Banco Central, por meio da emissão de Circulares e Resoluções regulamentando o crédito bancário. Outro é o controle judicial, através do reconhecimento da abusividade pelos juízes. Ruy Rosado Aguiar pondera que este controle não é eficaz, porquanto as decisões proferidas possuem efeito *inter partes*, além de ser reduzido o número de lides com este propósito. O controle jurisdicional das cláusulas abusivas será abordado com mais profundidade em item subsequente.

Contudo, neste momento, oportuno mencionar exemplos de cláusulas abusivas no âmbito dos contratos bancários, divulgadas anualmente, através de portarias, pela Secretaria de Direito Econômico: a) as que estabeleçam cumulativamente a cobrança de comissão de permanência e correção monetária; b) as que estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente; c) as que estabeleçam que o contrato acompanhado do extrato demonstrativo da conta corrente bancária constitui título extrajudicial, para os fins do art. 585, II, do Código de Processo Civil; d) as que estabeleçam em contrato de arrendamento mercantil a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido, sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem, entre outras.⁸²

3.4 REVISÃO DOS CONTRATOS NO CDC

⁸¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, série Pesquisas do CEJ. Brasília, 2003. p. 15.

⁸² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 473.

Imbuído pelo espírito protecionista, com base na vulnerabilidade e no princípio da boa-fé objetiva, o CDC instituiu em seu art. 6º, IV e V,⁸³ como direitos básicos do consumidor a possibilidade de revisão dos contratos, bem como a nulidade absoluta das cláusulas abusivas no art. 51, seus incisos e parágrafos, como menciona Cláudia Lima Marques: “[...] o novo Código de Defesa do Consumidor indica sanções diferenciadas para estes dois casos: a de nulidade para as cláusulas abusivas *stricto sensu* e a possibilidade do juiz modificar a cláusula que estabeleça prestações desproporcionais (art. 6º, incisos IV e V, do CDC)”.⁸⁴

Tal possibilidade visa ao reequilíbrio da relação de consumo, consubstanciada na nova teoria contratual que estabeleceu a relativização do brocardo da *pacta sunt servanda*, justamente em razão da condição de hipossuficiência que se encontra o consumidor.

A revisão dos contratos de consumo não importa em resolução do contrato, tampouco sua invalidade. Isto porque, o art. 51, § 2, do CDC⁸⁵ impõe ao Juiz a possibilidade do aproveitamento do negócio. Este é o ensinamento de Rizzato Nunes:

O princípio do inciso V do art. 6º volta como norma de declaração de nulidade da cláusula desproporcional no art. 51 (inciso IV e § 1º), mas a nulidade não significa que o contrato será extinto. Como o inciso V garante a modificação, pelo princípio da conservação do contrato, o magistrado que reconhecer a nulidade deve fazer a integração das demais cláusulas e do sentido estabelecido no contrato, em função de seu objeto, no esforço de mantê-lo em vigor. Como dissemos, o princípio da conservação, que é implícito no princípio do inciso V do art. 6º, está explícito no § 2º do art. 51.⁸⁶

Assim, *a priori*, serão apenas modificadas as cláusulas abusivas, as que estabelecem prestações desproporcionais ou as excessivamente onerosas, podendo, também, serem retiradas do contrato, mas sempre visando sua integração e a conservação contratual.

3.4.1 Sistema de nulidades do CDC: nulidade absoluta das cláusulas abusivas

⁸³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] 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; e V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 772.

⁸⁵ Art. 51, § 2 A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

⁸⁶ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

No Brasil, pelo sistema tradicional, a invalidade pode ocorrer sob forma de nulidade e anulabilidade, existindo as chamadas nulidades absolutas ou relativas. Já no âmbito consumerista as nulidades possuem sistematização própria, como preleciona Nelson Nery Júnior,

O sistema de nulidades não é único no Direito brasileiro, que no âmbito civil, que no comercial, processual civil e administrativo. Podemos dizer que, modernamente as invalidades reclamam tratamento microssistêmico, a fim de serem atendidas as peculiaridades de cada um dos microssistemas jurídicos per se. Esse é o precisamente o caso do Código de Defesa do Consumidor. [...] não há lugar para falar-se, no sistema do CDC, em nulidade absoluta e nulidade relativa de cláusulas contratuais abusivas. No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão.⁸⁷

Consequência da inexistência das nulidades relativas reside na impossibilidade de validação da cláusula considerada abusiva, que mesmo prevista no contrato, deverá ser desconsiderada, eis que já nasceu nula.

O sistema de nulidades do CDC possui fundamento em seu art. 1º, que estabelece: “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”. Desta forma, as nulidades previstas no CDC serão sempre absolutas, porquanto decorrentes de normas de proteção à ordem pública e interesse social. No entendimento de Cláudia Marques: “Esta conclusão é de suma importância para permitir a atuação eficaz do Judiciário brasileiro identificando de ofício tais cláusulas, apesar da passividade e submissão dos consumidores individualmente considerados”.⁸⁸

Em decorrência da nulidade absoluta destas cláusulas, o consumidor não será obrigado a cumpri-las, devendo requerer seu reconhecimento em juízo, conforme leciona Luiz Otávio Rodrigues:

[...] A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção) e exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz.

[...]

A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada por cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da cláusula abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 521.

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 777.

situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação.⁸⁹

Deve, ainda, ser ressaltada a imprescritibilidade do requerimento de declaração da nulidade da cláusula abusiva, eis que considerada absoluta, sendo tutelada por normas de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), como já visto.

3.4.2 Controle das cláusulas abusivas

O projeto original do CDC previa em sua redação um controle administrativo por parte do Ministério Público dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, todavia, o Presidente da República vetou esta possibilidade.

O Ministério Público possui, ainda, a instauração de inquérito civil como meio de controle das cláusulas abusivas, em consonância com o art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, aplicável às relações de consumo, conforme o disposto no art. 90 do CDC.⁹⁰

Os Procons realizam controle administrativo, ao passo que podem elaborar uma consolidação administrativa das listas consideradas como abusivas, em consonância com a permissão concedida pela cláusula geral, insculpida no art. 51, IV, do CDC.

O controle judicial será formal e material. O juiz deverá analisar se foram respeitadas as regras de formação do contrato, bem como outras que impõem direitos inerentes ao consumidor, tais quais, o direito de informação, o direito de desistência e a interpretação favorável ao consumidor. Já no aspecto material, haverá um controle do conteúdo do contrato, consoante os arts. 51 e 53 do CDC que proíbem as cláusulas abusivas.

O controle poderá ser concreto ou em abstrato. O primeiro é feito em cada caso individualmente, sendo que a decretação da nulidade da cláusula abusiva só atinge as partes, podendo, todavia, ser decretada de ofício.

⁸⁹ RODRIGUES, Otávio Luiz Júnior. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 138.

⁹⁰ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

O art. 51, § 4º, do CDC⁹¹ dispõe o controle judicial em abstrato, sendo possibilitado ao Ministério Público propor ação de controle abstrato dos contratos caso determinado consumidor ou entidade que o represente requeira.

Como já mencionado no item referente às cláusulas abusivas, a nulidade absoluta conferida a esta classe, permite o reconhecimento de sua abusividade em qualquer grau de jurisdição e a qualquer momento, pela manifestação das partes e, inclusive, *ex officio* pelo magistrado. Tal entendimento é predominante na doutrina brasileira, sintetizada na lição de Antônio Herman V. Benjamin:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo.⁹²

Desta forma, conclui-se que o controle das cláusulas abusivas nos contratos afetos ao CDC caracteriza-se como meio de reequilíbrio da relação entre as partes.

⁹¹ § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

⁹² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 693.

4 APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste ponto do trabalho chega-se ao âmago de sua discussão, eis que fica esclarecido que a doutrina majoritária entende pela possibilidade do reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos de consumo em geral, baseando tal entendimento nas regras e princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, também, pela Constituição Federal. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça elaborou em março de 2009, a Súmula n. 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, vedando esta premissa consubstanciada na violação ao princípio da congruência e do *tantum devolutum quantum appellatum*.

4.1 O CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS ANTES DA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já visto anteriormente, o controle das cláusulas abusivas no CDC dá-se através da instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, pela expedição de regulamentos e circulares dos órgãos competentes, bem como pela declaração da sua nulidade pelos magistrados.

Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor a revisão de ofício das cláusulas abusivas encontrava barreiras processuais, sendo que os Tribunais Pátrios fundamentavam suas decisões nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, que ditam:

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. [...]

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.

Tais regras dispõem a impossibilidade do julgamento *extra petita*, bem como o respeito ao princípio da congruência. Ambos limitam o âmbito de atuação dos magistrados, porquanto proíbem que estes profiram decisão acerca de questões não suscitadas pelas partes, como se percebe em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CONTRATO. NULIDADE DE CLAUSULA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. CEDULA DE CREDITO RURAL. ANTES DA VIGENCIA DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, QUE VEIO DEFINIR COMO NULAS DE PLENO DIREITO AS CLAUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS (ART. 51), ERA VEDADO AO JUIZ DECLARAR DE OFÍCIO A NULIDADE NÃO REQUERIDA PELA PARTE (ART. 128 DO CPC). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA EXCLUIR DO ACORDÃO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLAUSULA (REsp. n. 90162/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 28.5.96)

A respeito do princípio da congruência ensina Humberto Theodoro Júnior:

A sentença não pode versar senão sobre o que pleiteia o demandante, forçoso é admitir que o pedido também é limite da jurisdição (arts. 128 e 460).

[...]

O princípio da congruência entre pedido e a sentença, que é uma decorrência necessária da garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). É preciso que o objeto do processo fique bem claro e preciso para que sobre ele possa manifestar-se a defesa do réu.⁹³

Desta forma, o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas encontrava óbice nestes dispositivos, ao serem consideradas matérias não alegadas pelas partes, sob pena de violação ao princípio da congruência e da ocorrência do julgamento *extra petita*.

4.2 O CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CDC

Com a entrada em vigor do CDC, consolidou-se na doutrina a possibilidade do reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas, bem como os Tribunais e magistrados passaram a julgar neste sentido, como se retira dos acórdãos seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. EXAME DE OFÍCIO. ART. 51, IV, CDC. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITAÇÃO AO PACTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO VALOR EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. IMPOSSIBILIDADE.

- A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública (AgRg no REsp 645902 / RS. Min. Humberto Gomes de Barros. TERCEIRA TURMA, j. em 28.9.04. DJU 17.12.04, p.542)

AGRAVO REGIMENTAL. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. Não prospera a questão federal atinente aos arts. 128, 460, 512 e 515 do CPC, porque esta Corte tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC. Nesse sentido: Resp nº 248155/SP e Resp nº 503831/RS (AgRg no REsp 677106 /

⁹³ JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 574.

RS Min. Fernando Gonçalves. QUARTA TURMA, j. em 7.12.04. DJ 01/02/2005 p. 579)

A partir do julgamento do Recurso Especial n. 541153⁹⁴ o STJ voltou ao seu antigo posicionamento, determinando pelo não conhecimento de ofício das cláusulas abusivas, eis que incorreria em julgamento *extra petita* ou, ainda, em violação ao brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, normatizado pelo art. 515, do CPC,⁹⁵ conforme o julgamento dos recursos REsp 702524/RS, REsp 612479/RS, AgRg no REsp 785487/RS, AgRg no REsp. n. 949082/RS e AgRg nos EDcl no REsp 1028774/RS.⁹⁶

Todavia, alguns Ministros mantiveram seu posicionamento, permitindo o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas, eis que se referiam à matéria de ordem pública, conforme extrai-se dos seguintes julgados:

3. Não haverá julgamento *extra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC). Precedente.
4. Recurso especial provido em parte REsp 1013562/SC. Min. Castro Meira, segunda turma 7.10.08, DJU 5.11.08
3. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre as referidas matérias de ordem pública.

⁹⁴ Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*." Precedentes (REsp. n. 541153/RS. Min Cesar Asfor Rocha j. em 8.6.05)

⁹⁵ Art. 515 A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

⁹⁶ AGRAVO REGIMENTAL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS DE CONSÓRCIO. TAXAS E ENCARGOS CONTRATUAIS. AFASTAMENTO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. O Tribunal estadual não pode revisar de ofício cláusulas contratuais tidas por abusivas em face às disposições do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de incorrer em julgamento *extra petita* Agravo improvido (AgRh nos EDcl no REsp 1028774/RS. Min. Sidnei Beneti, terceira turma, j. em 26.5.09. DJU 9.6.09)
 - A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento no sentido da impossibilidade de rever, de ofício, cláusulas consideradas abusivas, em homenagem ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* (AgRg no REsp 949082/RS. Terceira Turma. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 4.9.07. DJU 24.9.07)
 - Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC (REsp. 702524/RS. Segunda Seção. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 8.3.06. DJU 9.10.06)
 Processo civil. Recurso especial. Decretação, de ofício, de nulidade de cláusula por abusividade, em contrato regulado pelo Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Precedente. Alcance da regra. - Não é possível ao Tribunal de origem reconhecer, de ofício, a nulidade de cláusulas consideradas abusivas, em contratos regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, é necessário a interposição de recurso pela parte interessada. Precedente. Recurso conhecido e parcialmente provido (REsp. 612470/RS. Terceira Turma, Min. Nancy Angrighi, j. em 9.3.06. DJU 30.6.06)
 AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO - NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. É inviável o reconhecimento de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sem pedido expresso da parte interessada.
2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 785487/RS. Quarta Turma. Min Massami Uyeda, j. em 20.9.07, DJU 22.10.07)

4. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167);
- b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (In Nelson Nery Junior – Código de Processo Civil Comentado - 10ª edição - página 669 – comentários ao artigo 460).
5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.
6. Agravo Regimental desprovido AgRg no REsp 84192/RJ. Primeira Turma, Min. Luiz Fux, j. em 13.5.08. DJU 16.6.08.

Em 22 de abril de 2009 foi elaborada, pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n. 381, que dispõe: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Referido enunciado teve como precedente os julgados: EREsp 645902/RS, REsp 541153/RS e AGREsp 1006105 e REsp 1.061.530/RS, sendo este último símbolo da controvérsia acerca da matéria:

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. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão (REsp 1.061.530/RS Segunda Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.10.08).

Desta forma, sumulado tal entendimento é de se presumir o respeito ao seu conteúdo, em absoluto, por todos magistrados e tribunais, o que, todavia, não deverá acontecer como demonstrar-se-á a seguir.

4.3 APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste item chega-se ao debate principal deste trabalho, no qual serão analisadas as limitações e aplicações da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, sobre o enfoque de doutrinadores⁹⁷ e dos votos vencidos que a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Luís Felipe

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 63, maio 2009. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 23.11.09.

Salomão exararam no acórdão que foi representativo da controvérsia da referida súmula, o REsp n. 1.061.530/RS.

4.3.1 A revisão de ofício e os princípios processuais e o contraditório

Sabe-se que o direito não é uma ciência fragmentada, ela compõe-se de diversos ramos que se interligam e devem estar em consonância entre si e, também, com a Constituição Federal. Segundo Pablo Stolze e Salomão Viana, é a partir desta premissa que deve seguir a análise da referida súmula, conforme as idéias de Robert Alexy:

Se é reconhecidamente indispensável que o jurista desenvolva o fundamento discursivo do seu pensamento em bases lógicas, de modo a atingir convincentemente o resultado hermenêutico de sua atividade cognitiva, sem estabelecer fronteiras entre a dogmática jurídica e os outros ramos do conhecimento humano, é igualmente imprescindível que o jurista, ao aplicar uma norma que integra um microsistema jurídico, não ignore a existência de núcleos principiológicos de outros ramos da ciência do Direito.

Assim, é no Direito Constitucional e no Direito Processual Civil, mais precisamente no exame do núcleo principiológico da congruência, que devemos buscar as bases necessárias para que seja dada ao enunciado n. 381 a sua exata interpretação.⁹⁸

Dentro desta perspectiva, tem-se que existem princípios constitucionais e processuais a serem velados pela referida súmula, tais quais o do contraditório e o da congruência. Assim, o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas continua sendo regra vigente no ordenamento pátrio, todavia, devem ser respeitados os princípios já referidos, sob pena de ocorrer o julgamento *extra petita*, ferindo-se, também, o princípio dispositivo e o da inércia da jurisdição. Explicam Stolze e Salomão Viana:

Efetivamente, admitir que o Poder Judiciário possa proferir um julgamento a respeito do que não lhe foi pedido ou de modo a conceder mais do que foi pedido é permitir que o patrimônio jurídico de uma das partes seja invadido sem que a ela tenha sido dada oportunidade de se manifestar e de interferir no conteúdo da decisão. É permitir, portanto, que a garantia constitucional do contraditório e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal sejam reduzidos ao nada.⁹⁹

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 5. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

Desta forma, tem-se que o magistrado pode pronunciar-se de ofício sobre as abusividades das cláusulas em contratos de consumo, necessitando apenas observar os limites do julgamento da lide posta sob sua apreciação, o *thema decidendum*.¹⁰⁰

Exemplificando, o magistrado ao ser instado a declarar a invalidade de uma cláusula penal pode declarar seu excesso, nos termos dos arts. 412 e 413 do CC,¹⁰¹ sem transbordar os limites que lhe foram impostos. Isso porque, o juiz estará decidindo acerca do que lhe foi proposto (validade da cláusula), todavia, estará utilizando-se de fundamento diverso do apresentado pelo autor.¹⁰²

De forma inversa, sendo proposta ação com intuito de cobrança da cláusula penal e o réu alegar sua invalidade, o juiz poderá da mesma maneira reconhecer a abusividade da cobrança excessiva sem que incorra em julgamento *extra petita*.¹⁰³

Ressaltam os autores¹⁰⁴, que em nenhum dos dois casos o juiz poderia reconhecer de ofício, por exemplo, a abusividade do índice de correção monetária escolhida pelas partes, da cobrança abusiva de juros remuneratórios e da impossibilidade de capitalização de juros, pois tais temas excedem os limites dados ao magistrado.

Tal afirmação não parece a mais correta dentro de uma perspectiva de proteção do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo e constitucionalmente protegido. A seguir serão abordados enfoques favoráveis ao reconhecimento mais amplo da abusividade das cláusulas nos contratos sob a égide do CDC.

4.3.2 A possibilidade do conhecimento da abusividade *incidenter tantum*

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 7. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

¹⁰¹ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 8. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 9. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

¹⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 11. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

Fredie Didier Júnior em seu editorial 63¹⁰⁵ discute acerca da redação da súmula n. 381, mencionando ter ocorrido equívoco em sua redação. O doutrinador, primeiramente, diferencia as questões incidentais (*incidenter tantum*), das questões principais (*thema decidendum*), sendo que as primeiras são apenas “conhecidas” pelos magistrados, enquanto as segundas podem ser decididas.

Posteriormente, ele diz que questões principais podem ser, também, incidentais, como por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal, que pode ser conhecida incidentalmente em qualquer processo e pode ser argüida e decidida mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Após, o autor dispõe que a redação da súmula pretender proibir que o juiz decida de ofício acerca das cláusulas abusivas, ou seja, não poderá o magistrado julgar como objeto principal da ação a invalidade de uma cláusula abusiva sem que haja pedido expreso para tanto. Todavia, poderá declará-la *incidenter tantum*, vejamos:

O entendimento do STJ não impede, porém, que se examine ex officio, como questão incidente, a validade da cláusula contratual abusiva. Esse poder judicial, tradicional no direito brasileiro (veja-se o caso das vetustas hipóteses de nulidade de negócio jurídico previstas no Código Civil, por exemplo) não deixou de existir em relação aos contratos bancários abusivos. Relembre-se, porém, que essa manifestação judicial não está apta à coisa julgada material, exatamente por tratar-se de questão a ser examinada como fundamento da decisão, e não como objeto litigioso do processo.

Assim, por exemplo, ainda poderá o órgão jurisdicional aplicar o parágrafo único do art. 112 do CPC em relação aos contratos bancários: proposta uma demanda em foro contratual abusivo, o juiz poderá reconhecer ex officio o defeito da cláusula contratual e remeter os autos ao domicílio do réu. Não há coisa julgada a respeito do assunto nem a cláusula contratual é desfeita por essa decisão. Naquele caso concreto, incidentemente, a eficácia da cláusula é retirada pelo juiz. **Do mesmo modo, executado um contrato bancário, poderá o órgão jurisdicional, de ofício, negar eficácia a uma cláusula abusiva (grifo nosso).**

Conclui-se, portanto, que se, hipoteticamente, um banco ajuizar uma execução pleiteando o cumprimento de um contrato, o magistrado poderá conhecer de ofício as cláusulas abusivas que estiverem em seu bojo, determinando sua ineficácia perante o consumidor.

Por outro lado, entende-se que ao ser ajuizada ação com intuito de verem nulificadas determinadas cláusulas de um contrato, certo seria o magistrado decretar a nulidade de outras que tiver conhecimento, uma vez que, citada a instituição financeira para contestar a ação, deveriam ser alegadas defesa para todas as possíveis nulidades presentes nos contratos. Por esta ótica, o princípio do contraditório seria respeitado.

¹⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 63, maio 2009. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 23.11.09.

Este entendimento parece ser o mais correto, dentro da ótica de proteção instaurada pela CF/88.

Por fim, ressalte-se que grande parte das cláusulas ditas abusivas já foram reconhecidas com este *status* pelos Tribunais Pátrios, de modo que as instituições financeiras sabedoras destas abusividades continuam reiteradamente pactuando contratos e inserindo-as em seu bojo.

4.3.3 Voto vencido da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.061.530/RS

Ao analisar a questão do conhecimento de ofício das cláusulas abusivas no recurso representativo da controvérsia, o REsp. n. 1.061.530/RS, a relatora Ministra Nancy Andrighi dispõe uma série de argumentações defendendo a possibilidade da atuação oficiosa dos magistrados diante de abusividades nos contratos de consumos.

Inicialmente, a Ministra ressaltou a existência de jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça em relação às abusividades reiteradamente declaradas de ofício pelos magistrados.

Posteriormente, mencionou acerca da previsão acrescida pela lei nº 11.280/06, o parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil, que dispõe: A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

Asseverou tratar-se de regra de direito civil aplicada, subsidiariamente, às relações de consumo, de modo que as regras que dispõem acerca do conhecimento de ofício no CDC não podem ter tratamento diferenciado da prevista no parágrafo único do art. 112, do CPC.

Relembrou a natureza protecionista do CDC ao contemplar em seu art. 1º que suas regras são de ordem pública, bem como as abusividades previstas em seu bojo possuem caráter de nulidade absoluta, devendo assim, o magistrado reconhecê-las de ofício.

Invocou a política judiciária, ao passo que o consumidor, pessoa leiga juridicamente, não entenderia o fato de seu contrato repleto de cláusulas abusivas não ter sido objeto de manifestação do judiciário, enquanto em outra situação similar ter ocorrido a nulificação das cláusulas, em razão da formulação de pedido expresso.

Em conclusão, a Ministra Nancy Andrighi expõe as conseqüências da impossibilidade de julgamento de ofício da nulidade das cláusulas abusivas:

Conseqüências graves são geradas por esse tipo de julgamento: a primeira é a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido expresso) 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.

O voto da referida Ministra relatora foi dado como vencido. Apenas o Ministro Luís Felipe Salomão seguiu seu posicionamento sobre a possibilidade da declaração de ofício das cláusulas abusivas, porém divergindo em seus fundamentos, como se verá a seguir.

4.3.4 Voto-vista do Ministro Luís Felipe Salomão no REsp n. 1.061.530/RS

O Ministro Luís Felipe Salomão manifestou-se através de voto-vista no REsp n. 1.061.530/RS acerca da possibilidade do conhecimento das cláusulas abusivas nos casos em que restar caracterizada a hipossuficiência do consumidor. Do corpo do acórdão extrai-se trecho do voto-vista, explicando nas palavras de Antônio Hermann V. Benjamim o conceito de hipossuficiência:

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior a média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com esse dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade –, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitam da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

(BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220)

Desta forma, o ministro votou pela possibilidade do conhecimento de ofício das cláusulas abusivas, desde que seja verificada a posição de hipossuficiência do consumidor.

4.3.5 Considerações acerca da Súmula n. 381 e a proteção do consumidor

O CDC, como já se verificou ao longo desta pesquisa, foi elaborado como meio precípuo de proteção do consumidor, parte primordialmente mais fraca da relação de consumo. Sua justificativa advém de preceito constitucional, tanto da garantia prevista no art. 5º XXXII, que visa à proteção dos consumidores em si, como também, outras gerais que podem ser aplicadas a este ramo do direito, como por exemplo, a isonomia. Tratar os desiguais na medida de suas desigualdades é o que objetiva o CDC ao reconhecer a vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor.

No corpo do CDC estão previstas diversas disposições consubstanciando a proteção do consumidor tais quais: a possibilidade de revisão de contratos, a proibição e o combate às práticas abusivas.

A repressão das cláusulas abusivas é um forte instrumento que o CDC dispõe ao consumidor para fazer valer seu direito constitucionalmente assegurado. O caráter de norma de ordem pública e a natureza de nulidade absoluta dado às cláusulas abusivas nada mais têm do que o objetivo de proteção do consumidor, de reequilibrar a relação com o fornecedor e privilegiar a boa-fé nos contratos.

As cláusulas abusivas, ainda que inseridas em determinado contrato, nunca terão efeitos, pois nunca existiram, sendo assim, a declaração de sua nulidade pode ser argüida a qualquer momento ou grau de jurisdição, sem prévia suscitação da parte interessada. Este é o entendimento predominante na doutrina pátria (Rizzato Nunes, Antônio Herman V. Benjamin, Nelson Nery Júnior, Cláudia Lima Marques, João Batista de Almeida).

Nelson Nery Júnior assim leciona:

Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. (...) Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor. (...) Como a

cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado.¹⁰⁶

Tal é, também, o entendimento de Cláudia Lima Marques:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.¹⁰⁷

Ainda, sobre o pronunciamento de ofício do juiz, remete-se ao parágrafo único do art. 168, do CC, que dita:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

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.

De outro vértice, a limitação da súmula aos contratos bancários importa em verdadeira afronta ao entendimento proclamado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 e disposto na Súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade do CDC às instituições financeiras.

Com a edição da súmula n. 381 privilegia-se uma classe em detrimento de outra, ao passo que os contratos de adesão realizados pelas instituições financeiras estão livres da atuação oficiosa dos magistrados, enquanto o contrato de outros agentes como de seguradoras ou planos de saúde não estão.¹⁰⁸

4.4 A APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 381 COMO EMPECILHO À EFETIVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ART. 5º E DO CDC

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 693.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 561.

¹⁰⁸ MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *A inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 23.11.09.

O consumidor é parte vulnerável na relação contratual com o fornecedor, tal premissa justifica sua inclusão na CF/88 como agente econômico merecedor de proteção diferenciada. Assim, trata-se desigualmente os desiguais, justamente buscando a igualdade. Ao criar o CDC nada mais se objetivou do que a concreção deste princípio constitucional. Neste sentido é a lição de Canotilho: “E não se olvide que a defesa do consumidor, no Brasil, é um direito e garantia fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88). E, como tal, toda interpretação de norma àquele direito relacionada deve ser no sentido da sua maior eficácia”.¹⁰⁹

A respeito da efetividade da proteção concedida ao consumidor, também leciona Celso Marcelo de Oliveira:

É dizer, o meio utilizado para proteger os interesses do consumidor (lei n. 8.078/90), como corolário dos valores constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, apresenta-se razoável ou proporcional, sendo constitucional a sua adoção, indo ao encontro do valor maior da defesa do consumidor (direito fundamental e princípio geral da atividade econômica) e do mandamento constitucional de assegurar a todos a existência digna (art. 170, caput). Não se pode jamais olvidar que, com a consagração de tais normas no corpo da Constituição, que são material e formalmente constitucionais, obrou o constituinte originário atento ao princípio da dignidade da pessoa humana e à cidadania como fundamentos, embora não únicos, do Estado Social e Democrático de Direito, não se olvidando do princípio da isonomia, mirando o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza (CRFB/88, artigo 3º I/IV).¹¹⁰

Em suma, a impossibilidade da revisão de ofício das cláusulas abusivas dos contratos bancários afronta fatalmente o direito assegurado pela Lei Máxima do ordenamento pátrio, bem como enfraquece toda a estrutura normativa criada, visando à proteção da figura reconhecidamente hipossuficiente, contra as cláusulas abusivas, como bem expõe Cláudia Lima Marques:

O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos; visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É um Código especial para “desiguais”, para “diferentes” em relações mistas, entre um consumidor e um fornecedor. É Código (todo construído sistemático) de Proteção (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor!¹¹¹

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 1149.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor*. Campinas: LZN, 2003. p. 29-30.

¹¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 669.

Ainda, a autora leciona em outra obra:

O sistema do CDC, em minha opinião, foi construído para o fim especial de proteger os vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e sua origem constitucional deve ser águia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo, que concretize direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu receber esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física.¹¹²

O enunciado da súmula n. 381, criando benefícios ao fornecedor, no presente caso as instituições financeiras, em detrimento do consumidor simplesmente vai de encontro a todos os direitos básicos, princípios e diretrizes da proteção do consumidor.

Não há como se assemelhar sujeitos historicamente marcados por suas diferenças técnicas e econômicas, impondo aos magistrados a proibição da ação oficiosa em relação as abusividades praticadas pelas instituições financeiras. Na lição de Pablo Stolze e Salomão Viana que, conforme já foi demonstrado, invoca pela aplicação da súmula n. 381, ressalvados casos específicos, tem-se que o tratamento das situações abarcadas pelo referido enunciado deve ser de caso em caso, vejamos:

Ora, se, por um lado, a edição de mais um enunciado de um tribunal superior traduz fortalecimento da segurança jurídica, por conta do estabelecimento de um parâmetro claro para que se alcance a desejada uniformização da jurisprudência, por outro, não podemos olvidar que a aplicação do preceito nele contida, segundo as características de cada caso posto sob apreciação judicial, demanda um esforço hermenêutico mínimo por parte do julgador, para que se não despejem, no mesmo cadinho jurisprudencial, situações marcadas pela dessemelhança.¹¹³

Assim, conclui-se pelo não absolutismo da aplicação da Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, devendo sempre, serem observadas as normas de proteção do consumidor, consubstanciadas na Lei Fundamental.

¹¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 313.

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 11. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do presente estudo, que teve por objetivo impor limitações à aplicação da Súmula n. 381 do STJ, em razão do direito fundamental de proteção do consumidor instituído pela CF/88, e o microsistema criado a partir desta garantia, qual seja o CDC, pode-se tecer algumas considerações.

A proteção do consumidor foi introduzida pela CF/88 no rol de direitos fundamentais o que ocasionou a edição do CDC como instrumento desta garantia. As normas nele previstas são de ordem pública, interesse social e cogentes.

Neste diapasão, tem-se que a Súmula n. 381 ao vedar o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários, afronta diretamente com a proteção tencionada pelo ordenamento brasileiro.

O CDC prevê uma série de princípios, entre eles o da vulnerabilidade do consumidor, da equidade, transparência e boa-fé, além de elencar vários direitos básicos, entre eles o de proteção contratual.

Além disso, dispõe acerca da nulidade absoluta das cláusulas consideradas como abusivas, em razão de afrontarem diretamente normas de ordem pública e interesse social.

Por outro lado, a evolução da teoria contratual clássica para a social demonstra, também, uma transformação das relações privadas, ao deixar de lado o princípio máximo da autonomia da vontade, consagrando-se o princípio da boa-fé objetiva.

Para a proteção do consumidor ter efetividade deve ser levado em conta sua vulnerabilidade e hipossuficiência, tanto econômica quanto técnica, e concebê-la como de promoção da igualdade prevista na constituição, ao tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Tanto o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi como o voto-vista do Ministro Luís Felipe Salomão, no acórdão símbolo da controvérsia acerca do conhecimento das cláusulas abusivas, o REsp n. 1.061.530/RS, dispõem neste sentido.

Conforme dispôs a Ministra relatora do REsp n. 1.061.530/RS, a impossibilidade do conhecimento de ofício das cláusulas abusivas acarretaria determinadas conseqüências, entres as quais, a prevalência de norma processual, exigindo o pedido expresso do consumidor, em relação à norma de direito material e a conseqüente inaplicabilidade do disposto no artigo 51, do CDC.

Já o Ministro Luís Felipe Salomão ressalta a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor como fator decisivo para que lhe sejam concedidos tratamentos diferenciados, como o reconhecimento das cláusulas abusivas de forma oficiosa.

De outra banda, Pablo Stolze e Salomão Viana defendem o posicionamento de que devem ser respeitados os princípios do contraditório e da congruência, sob pena de ocorrer julgamento *extra petita* quando forem conhecidas abusividades não requeridas pelo consumidor. Todavia, os autores admitem o reconhecimento da nulidade de uma cláusula abusiva se a parte alegar como razão de pedir algum defeito sobre tal cláusula, de modo que o magistrado estará decidindo algo dentro dos limites que lhe foi dado, porém, com fundamento diverso.

Tal posição não parece a mais acertada, pois limita a atividade judicial, entendendo-se que deve ser mais ampla a possibilidade de conhecimento de ofício nas cláusulas abusivas. Isto porque, a instituição financeira, no momento da contratação, está ciente das abusividades que está impondo ao consumidor.

Assim, ao ser ajuizada ação com intuito de verem nulificadas determinadas cláusulas de um contrato, certo seria o magistrado decretar a nulidade de outras que tiver conhecimento, uma vez que, citada a instituição financeira para contestar a ação, deveriam ser alegadas defesa para todas as possíveis nulidades presentes nos contratos.

Ademais, grande parte das cláusulas ditas abusivas já foram reconhecidas com este *status* pelos Tribunais Pátrios, de modo que as instituições financeiras sabedoras destas abusividades continuam reiteradamente pactuando contratos e inserindo-as em seu bojo.

Ainda, Fredie Didier entende a possibilidade de análise de ofício da nulidade das cláusulas abusivas *incidenter tantum*, sem que seja julgada como objeto principal da ação.

Por fim, tem-se que o reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas é instrumento previsto pelo CDC para que seja realizada a proteção do consumidor, pessoa reconhecidamente mais fraca da relação de consumo.

Porém, tal possibilidade poderá acarretar na inobservância do contraditório. Situação em que deverá ser analisado o caso concreto, verificando-se a hipossuficiência do consumidor e se foi dada à instituição financeira a oportunidade de manifestar-se acerca das cláusulas abusivas.

Em suma, conclui-se pelo não absolutismo da aplicação da Súmula n. 381 do STJ, devendo sempre ser observadas as normas de proteção do consumidor do CDC, consubstanciadas na Lei Fundamental.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Série Pesquisas do CEJ. Brasília, 2003.

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

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 64, n. 20, p. 25-70, out./dez. 1996.

BRASIL. *Código de processo civil*: lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23.11.09.

_____. *Código de defesa do consumidor*: lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23.11.09.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23.11.09.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 23.11.09.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Editorial 63, maio 2009. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com>>. Acesso em: 23.11.09.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Júlio César Cerdeira. *Súmula 381 do STJ sobre contratos entre consumidores e bancos passa longe de consolidar jurisprudência e agride o CDC*. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 23.11.09.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. p. 11. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com>>. Acesso em: 23.11.09.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *A inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: XX XX XX.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

NEIVA, Gerivaldo Alves. *Súmula limita ação de juiz sobre contratos bancários*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 23.11.09.

NETO, Guilherme Fernandes. *O abuso do direito no código de defesa do consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001. v. 12.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Didáticos, 2009.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor*. Campinas: LZN, 2003.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. *Prima facie*, João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 89-133, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccej.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 23.11.09.

RODRIGUES, Otávio Luiz Júnior. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17, p. 156, jan./mar. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 112-139, jul./dez. 1997.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Princípios básicos de defesa do consumidor: institutos de proteção o hipossuficiente*. São Paulo: LE, 2001.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação as instituições financeiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666, p. 7-17, abr. 1999,

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os contratos bancários e o código de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 125-132, 1996.