

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**GILMAR REZENDE JÚNIOR**

**O PAPEL DO ESTADO/JUIZ NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS LIDES DE  
CONSUMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**POUSO ALEGRE – MG**

**2018**

GILMAR REZENDE JÚNIOR

**O PAPEL DO ESTADO/JUIZ NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS LIDES DE  
CONSUMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias

POUSO ALEGRE – MG

2018

## FICHA CATALOGRÁFICA

R467p REZENDE JÚNIOR, Gilmar.

O papel do Estado/Juiz na prestação jurisdicional nas lides de consumo e a inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça/Gilmar Rezende Júnior. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2018.

127f

Orientação: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito do Consumidor. 2. Contratos. 3. Contratos bancários. 4. Cláusulas abusivas. 5. Súmula 381 do STJ. I. Elias, Cristiano Thadeu e Silva. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. O papel do Estado/Juiz na prestação jurisdicional nas lides de consumo e a inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

CDU 340

**GILMAR REZENDE JÚNIOR**

**O PAPEL DO ESTADO/JUIZ NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NAS LIDES DE  
CONSUMO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof (a). Dr (a).

---

Prof (a). Dr (a).

POUSO ALEGRE – MG

2018

Dedico este trabalho a Deus e a meus pais, por serem essenciais em minha vida, autores e guias do meu destino.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar Deus, que iluminou meu caminho durante esta jornada. À minha mãe, exemplo de amor, dedicação e disciplina, seu cuidado e dedicação me deram a esperança para seguir.

Ao meu pai pelo exemplo de trabalho, calma e perseverança, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

E ao meu irmão e sobrinho pela cumplicidade e parceria infalível em todos os momentos, meus guias e socorro presentes na hora da angústia.

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim, em especial à Júlia e Rita pela ajuda e atenção com esta pesquisa.

Aos professores e orientadores Drs. Cláudia Mansani Queda de Toledo e Cristiano Thadeu e Silva Elias pela paciência, generosidade e incentivo constante que tornaram possível a conclusão deste trabalho.

Ao professor Dr. José Luiz Ragazzi, também agradeço pela orientação no início do trabalho e contribuição para a pesquisa.

A todos os professores do curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e apoio constantes.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.” (Arthur Schopenhauer)*

## RESUMO

REZENDE JÚNIOR, Gilmar. O papel do Estado/Juiz na prestação jurisdicional nas lides de consumo e a inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. 2018. 127f. **Dissertação.** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018

O presente estudo realiza uma abordagem crítica da Súmula n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a possibilidade de revisão de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. O referido enunciado de Súmula atinge os contratos bancários sob a égide de proteção do Código de Defesa do Consumidor, microsistema que instaurou uma série de conceitos, princípios e direitos com intuito de realização da proteção constitucional do consumidor, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. O estudo mostra que esse entendimento sumular está eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade, eis que privilegiou as regras processuais em detrimento das regras materiais, beneficiando somente as instituições bancárias, de forma que afrontou e vem afrontando todo o sistema de proteção ao consumidor. Para melhor compreensão do tema, antes de debater sobre os pontos controvertidos resultantes da mencionada súmula, é realizada uma exposição dos aspectos gerais da proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90); o conceito e os princípios básicos norteadores dos contratos de consumo; o conceito e as regras aplicáveis aos contratos de adesão; o conceito e as características das cláusulas abusivas; e a origem da súmula discutida. Para tanto, é analisada a classificação das normas constitucionais com base em sua eficácia, bem como a correlação entre o direito contratual, direito do consumidor, cláusulas abusivas e aplicação das súmulas.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Contratos. Contratos bancários. Cláusulas abusivas. Súmula 381 do STJ.



## ABSTRACT

REZENDE JÚNIOR, Gilmar. The role of the State / Judge in the jurisdictional rendering of consumer disputes and the unconstitutionality of Supreme Court Precedent 381. 2018. 127f. **Dissertation (Master in Law)** – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

The present study takes a critical approach to n.º 381 summary of the Superior Court of Justice, which prohibits the possibility of judicial review of abusive clauses in bank contracts. The aforementioned statement reaches bank contracts under the aegis of protection of the Consumer Defense Code, a microsystem that established a series of concepts, principles and rights with the purpose of protecting the constitutional consumer provided in the article 5 of the Federal Constitution. The study shows that this summary understanding is fraught with unconstitutionality and illegality, since it privileged procedural rules to the detriment of material rules, benefiting only the banking institutions, in a way that has faced and is facing the whole system of consumer protection. For a better understanding of the subject, before discussing the controversial points resulting from the aforementioned summary, an exposition of the general aspects of consumer protection is made in the Federal Constitution of 1988 and in the Code of Consumer Protection (Law nº 8.078 / 90); the concept and guiding principles of consumer contracts; the concept and rules applicable to contracts of accession; the concept and characteristics of abusive clauses; and the origin of the disputed summary. In order to do so, will be analyzed the classification of constitutional rules based on their effectiveness, as well as the correlation between contractual law, consumer law, abusive clauses and application of summary precedents.

Keywords: Consumer Law. Contracts. Bank contracts. Abusive clauses. Summary 381 of the STJ.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL</b> .....	<b>17</b>
1.1 Evolução histórica do contrato.....	20
1.2 Elementos do contrato.....	25
1.2.1 Capacidade .....	25
1.2.2 Objeto .....	26
1.2.3 Forma .....	27
1.3 Função social do contrato.....	28
1.4 Surgimentos dos contratos de massa.....	35
1.4.1 Contrato de adesão.....	38
1.4.2 Dos contratos bancários .....	42
<b>2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	<b>46</b>
2.1 Elementos da relação de consumo .....	52
2.1.2 O consumidor .....	52
2.1.3 O fornecedor .....	54
2.1.4 O produto .....	56
2.1.5 O serviço .....	57
2.2 Princípios do direito do consumidor na constituição.....	59
2.3 Princípios e direitos básicos do consumidor .....	64
2.4 Revisão dos contratos no CDC .....	67
<b>3 CLÁUSULAS ABUSIVAS</b> .....	<b>70</b>
3.1 Rol exemplificativo das cláusulas abusivas .....	76
3.1.1 impossibilidade de exoneração de responsabilidade.....	77
3.1.2 Impedimento de reembolso.....	78
3.1.3 Transferência de responsabilidade a terceiros .....	78
3.1.4 Obrigações iníquas e desvantagem exagerada.....	79
3.1.5 Inversão do ônus da prova.....	80
3.1.6 Arbitragem compulsória .....	81
3.1.7 Imposição de representante.....	81
3.1.8 Opção de conclusão do negócio .....	82

<b>3.1.9</b>	<b>Variação unilateral do preço</b>	<b>82</b>
<b>3.1.10</b>	<b>Cancelamento unilateral do contrato</b>	<b>83</b>
<b>3.1.11</b>	<b>Ressarcimento de custos</b>	<b>84</b>
<b>3.1.12</b>	<b>Modificação unilateral do contrato</b>	<b>84</b>
<b>3.1.13</b>	<b>Violação de normas ambientais</b>	<b>85</b>
<b>3.1.14</b>	<b>Desacordo com o sistema de proteção ao consumidor</b>	<b>86</b>
<b>3.1.15</b>	<b>Renúncia a indenização por benfeitorias necessárias</b>	<b>86</b>
<b>3.2</b>	<b>Nulidade de cláusulas abusivas</b>	<b>87</b>
<b>4</b>	<b>SÚMULA 381 DO STJ</b>	<b>96</b>
<b>4.1</b>	<b>Entendimento até a edição da Súmula 381</b>	<b>96</b>
<b>4.2</b>	<b>Edição da Súmula 381</b>	<b>100</b>
<b>4.2.1</b>	<b>Voto vencido da ministra Nancy Andrighi</b>	<b>101</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Argumentos favoráveis ao enunciado de Súmula</b>	<b>105</b>
<b>4.3</b>	<b>Aplicação da Súmula nº 381</b>	<b>107</b>
<b>4.4</b>	<b>Possibilidade de alteração da Súmula</b>	<b>112</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>119</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como diretriz o estudo das relações de consumo sob a ótica das necessidades dos consumidores e os valores constitucionais aplicáveis, a intervenção do juiz nos contratos de massa e a análise da Súmula 381<sup>1</sup> do STJ, que congelou a atividade judicante no âmbito do direito que regula as relações de consumo nos contratos de natureza bancária.

Será feita a contextualização da temática para a investigação das relações que são travadas entre as instituições financeiras e os consumidores nas operações bancárias, com a análise da evolução da teoria contratual, o surgimento dos contratos de massa, os fundamentos do Código de Defesa do Consumidor<sup>2</sup> e seus aspectos, as disposições constitucionais sobre o tema, as normas internas que tratam as relações de consumo e proteção do consumidor e finalmente as razões da edição da súmula 381 do STJ e suas causas, para o fim de demonstrar a necessidade de revisão deste entendimento para a efetivação das normas de ordem pública e para imprimir maior eficácia e segurança no controle das cláusulas abusivas através de disposição de ofício pelos juízes.

Apesar do Código de Defesa do Consumidor, a Constituição e demais legislações internas já abordarem a questão da proteção ao consumidor nos contratos de massa, em especial na anulação de cláusulas abusivas no âmbito dos contratos de massa, em contratos bancários essa situação foi invertida com a proibição do Superior Tribunal de Justiça ao editar sua Súmula 381, afirmando que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Necessário assim realizar a urgente revisão deste entendimento uma vez que fere os direitos do consumidor e afronta todas as legislações existentes sobre o tema, reduzindo o poder do juiz em detrimentos de interesses financeiros.

A defesa do consumidor como direito e garantia fundamental será tratada discorrendo-se sobre os motivos que levaram à sua inclusão no referido rol, e suas consequências, como a consideração de todas as normas do Código de Defesa do Consumidor como sendo de ordem pública e interesse social, fazendo-se uma abordagem crítica da Súmula 381 do STJ, que proibiu o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.381.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990

O Código de Defesa do Consumidor visa a proteção e defesa aos direitos do consumidor, por meio de um conjunto de normas que visa disciplinar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores.

A política nacional das relações de consumo foi instituída com o objetivo de disponibilizar ao consumidor instrumentos capazes de colocá-lo em condições de igualdade, e um dos destaques do Código de Defesa do Consumidor para proteção da justiça contratual foi o regime instituído para o controle de cláusulas abusivas.

Em razão da importância do consumidor no contexto social, o constituinte entendeu por bem incluir sua defesa como direito e garantia fundamental, gerando sérias consequências para o regime jurídico geral.

Entendeu, assim, o constituinte, pela primeira vez na história da República, de reconhecer a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, proclamando em seu art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal<sup>3</sup> que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Por outro lado, a função social do Código de Defesa do Consumidor é representada pelo objetivo de proteger um grupo específico de indivíduos, em razão de sua vulnerabilidade diante das práticas abusivas do livre mercado.

Entre os contratos mais utilizados nas relações de consumo estão os conhecidos como contratos de adesão ou contratos de massa. Que se caracterizam por serem produzidos unilateralmente pelos fornecedores, sem a discussão, pactuação ou negociação de nenhuma cláusula pelo consumidor.

As instituições financeiras, figurando como fornecedoras de produtos e serviços, utilizam os contratos de adesão como forma de acelerar a concretização do negócio, cuja característica é a sua elaboração prévia e unilateral, aproveitando da desvantagem da parte aderente e, por muitas vezes, fixando cláusulas abusivas.

Deste modo, são contratos impostos ao consumidor, que para contratar com o fornecedor, deve aceitar na totalidade todos os termos do contrato sem a possibilidade de discussão, alteração ou negativa de qualquer cláusula, sem a qual se vê impossibilidade de consumir o produto oferecido.

As cláusulas abusivas são encontradas constantemente nos contratos de adesão impostos aos consumidores. Elas são elaboradas unilateralmente pelos fornecedores, de modo que acabam exercendo um abuso de poder por parte destes.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.

Assim, embora o Código de defesa do consumidor permita a realização desse tipo de contrato, há inúmeros limites normativos, que foram criados com o intuito de preservar os direitos do consumidor.

O principal destes institutos na defesa contra as cláusulas abusivas em contratos de massa é a sanção de nulidade da cláusula abusiva que pode ser declarada de ofício pelo magistrado.

Em suas disposições, o Código de Defesa do Consumidor não vedou a utilização do contrato de adesão, mas impôs regras para a sua validade, com inúmeros limites normativos, que foram criados com o intuito de preservar os direitos do consumidor, sem que o fornecedor abuse do seu poder ao contratar.

Essa abusividade da cláusula contratual se caracteriza pela necessidade do consumidor e o intuito do fornecedor em obter vantagem indevida ou enriquecimento ilícito, que provoca o desequilíbrio e a falta de razoabilidade do contrato, em detrimento dos direitos do consumidor.

O fornecedor deve cuidar para que o consumidor compreenda adequadamente seus direitos e obrigações decorrentes do vínculo contratual que será estabelecido a partir da assinatura do contrato de adesão.

Houve, portanto, uma sensível transformação da perspectiva das invalidades, que deixaram de concentrar-se nos vícios da vontade, com consequências para a integralidade do contrato celebrado entre as partes, para um regime de invalidade parcial, apenas das cláusulas que por seu conteúdo comprometiam o equilíbrio do negócio jurídico.

Mantem-se o contrato válido e quando necessário, o juiz promove a reparação de eventuais abusos ou lacunas que venham a surgir em detrimento do consumidor. Assim, ao manter o contrato de consumo válido, declarava a nulidade apenas das cláusulas que se caracterizassem como violação aos direitos do consumidor.

E o instrumento para a efetividade deste instituto é a sanção de nulidade da cláusula abusiva, que dá a exata dimensão da rejeição do direito à abusividade das disposições contratuais que sejam contrárias aos direitos do consumidor. Sanção de ordem pública, que ao contrário do regime geral das invalidades do Código Civil que não depende da iniciativa da parte prejudicada e tampouco pode ser confirmadas ou convalidadas pelo tempo.

Considerando, assim, a irradiação dos valores constitucionais por todos os ramos do direito, a obrigação de o Estado concretizar os direitos fundamentais por intermédio de ações positivas, a natureza de direito e garantia fundamental do direito do consumidor e o fato de as normas do Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e interesse social, o Estado deveria conhecer as cláusulas abusivas dos contratos de consumo de ofício, consideradas, pelo art. 51 do CDC, nulas de pleno direito, independentemente de pedido do autor, até para afastar definitivamente tais cláusulas do mundo jurídico.

Ocorre que o STJ, na Súmula 381, acabou entendendo que, "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas", em manifesta oposição à doutrina consumerista e aos inúmeros precedentes dos Tribunais de várias Unidades da Federação e do próprio STJ, admitindo, assim, que as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor sejam derogadas por vontade das partes, ou, pelo menos, de uma das partes, no caso o fornecedor.

Convém indagar assim se quando houverem duas ou mais interpretações no Direito, se o Estado/Juiz poderia julgar contra o Consumidor.

Apesar de não competir ao juiz proteger parte alguma no processo, o Estado/Juiz não está afastado do cumprimento de um direito e uma garantia fundamental de proteger, na forma da lei, o consumidor.

Assim, se a lei, de ordem pública e interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o juiz, interpretando adequadamente a lei e os princípios estruturantes do texto constitucional, tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e liberdade, conhecer de ofício a nulidade da respectiva cláusula contratual, protegendo, por consequência, o ente vulnerável.

Por outro lado, importante registrar que o princípio prevalente, no caso, deveria ser o de proteção do consumidor, em relação a princípios de natureza processual, tendo o legislador ordinário, para dar concretude ou densidade a mencionado princípio, das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de obrigar o Estado a uma prestação protetiva, a uma obrigação positiva, para aplicação concreta de seus preceitos.

Após análise dos temas abordados e detida reflexão sobre eles, pode-se concluir que os direitos fundamentais têm força vinculativa e estão diretamente vinculados com a noção de Constituição e Estado de Direito.



Apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

O Estado tem a obrigação de uma intervenção positiva para dar concretude ao direito e à garantia fundamental de proteção do consumidor, admitindo-se, inclusive, a propositura de ação judicial para postular uma proibição de omissão, por se considerar um direito do indivíduo diante do Estado.

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

Tendo a vista que a Súmula 381 do STJ padece do vício da inconstitucionalidade, pois provoca desarmonia no sistema jurídico vigente, por ocasionar o engessamento da atividade do julgador e conseqüente lesão ao consumidor, afrontando o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual.

Importante, portanto, a análise do instituto e a realização de considerações sobre o intuito, necessidades e efeitos sobre a edição da referida súmula, bem como a possível revisão ou declaração de sua inconstitucionalidade.

Antes do estudo da Súmula 381 em si, necessária a 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 desta tarefa.

Apresentado em quatro capítulos, o primeiro analisa o contrato, desde os fundamentos deste tipo de negócio jurídico até a sua abordagem do ponto de vista constitucional e civil, o segundo capítulo trata do Código de Defesa do Consumidor, com ênfase no estudo das relações entre consumidor e instituição financeira, o terceiro as cláusulas abusivas e o quarto capítulo debruça-se sobre o problema da edição da sumula 381.

Como notas de conclusão, discute-se a possibilidade de o juiz ou tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais em negócios jurídicos de consumo e são apresentadas as principais ideias e conceitos desenvolvidas de modo a encontrar a solução para a problemática do engessamento da atividade judicante e conseqüente lesão ao consumidor.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como finalidade estudar as cláusulas abusivas, explicando direitos e deveres das partes envolvidas presentes no CDC, quais sejam, fornecedores e consumidores, defendendo a possibilidade de intervenção de ofício pelo juiz em todas as cláusulas em que sejam verificados abusos em quaisquer contratos, até mesmo contratos bancários.

## 1 EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

Contrato é uma modalidade de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pelo qual duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem obrigações de acordo com os limites da lei. Gera, modifica, conserva ou extingue uma relação de conteúdo patrimonial por declaração de vontade das partes.

Assim o define Araken de Assis:

O contrato representa uma espécie de negócio jurídico bilateral. É, por sem dúvida, o mais visível, útil e destacado instrumento do comércio jurídico. Por seu intermédio, a ordem jurídica põe à disposição dos interessados um dinâmico mecanismo para a realização de finalidades socialmente relevantes.<sup>4</sup>

Pode ser caracterizado como algo não estático, que vem sendo moldado no decorrer dos tempos, conforme a sociedade, suas práticas e os modelos econômicos vigentes, como reflexo da realidade social e econômica. O mundo se transforma e o contrato, como principal expressão negocial e mais importante negócio jurídico, transforma-se com ele.

Necessita, assim, de constantes releituras e ajustes para se ajustar as demandas da sociedade, até mesmo pelas contínuas interpretações que lhe são conferidas tanto pelos poderes legislativo, passados já mais de quinze anos de vigor do código civil, quanto do judiciário através da alteração dos entendimentos e julgados, bem como pelas edições de súmulas.

Atento à essas constantes mudanças acerca dos contratos e suas implicações no mundo jurídico, pondera Silvio Venosa:

As estruturas contratuais, como percebemos, estão em constante mutação. Os contratos mais utilizados vão paulatinamente tomando-se refinados. Alguns resultam de uma organização social e econômica mais elaborada, como os contratos de franquia (atualmente, já regulados entre nós pela Lei nº 8.955/94), de distribuição, arrendamento mercantil, incorporação imobiliária, cartão de crédito etc. Há um grupo que pertence a categorias elementares do negócio jurídico facilmente identificáveis, como compra e venda, doação, mandato, aqueles que a criatividade romana já

---

<sup>4</sup> ASSIS, Araken de. Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. - Rio de Janeiro: Forense - 2007. p.7.

reconhecera. Outros pertencem a relações jurídicas mais complexas e são difíceis de ser enquadrados numa ou noutra categoria.<sup>5</sup>

Quando uma pessoa usa sua manifestação de vontade com o objetivo de produzir efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade formará um negócio jurídico, e sobre essa definição leciona Silvio de Salvo Venosa, em seu livro Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos:

O art. 81 do Código de 1916 nada mais fez do que definir o negócio jurídico, evitando, porém, essa denominação. Preferiu o legislador ater-se à denominação mais genérica de ato jurídico. Será negócio jurídico, porém, “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. O Código de 2002 refere-se ao negócio jurídico, sem exatamente defini-lo, nos arts. 104 e seguintes.<sup>6</sup>

Embora o Código Civil possua normas gerais de contratos, as verdadeiras regras gerais do direito contratual são as mesmas para todos os negócios jurídicos e estão situadas na parte geral, que ordena a real teoria geral dos negócios jurídicos.

Dessa forma, para qualquer negócio jurídico, e não apenas aos contratos, aplicam-se as regras sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como em relação às normas sobre os vícios de vontade de vícios sociais.

O Contrato é, portanto, um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.<sup>7</sup>

É a fonte de obrigação mais comum e importante no direito devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Socialmente entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico.

Para a sua formação, o contrato depende da participação de pelo menos duas partes, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral, cujo objetivo é a criação, a alteração, ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial.

Ele resulta da conjunção da vontade declarada e da lei. Esta fixa as condições essenciais à formação, bem como alguns dos efeitos jurídicos que

---

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.22.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.379.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p.385.

produz, a declaração de vontade personaliza a aplicação do instituto jurídico, individuando o seu objeto e os deveres das partes. Os contratantes amoldam a lei, dentro do que esta apresenta de flexível, aos seus interesses, criando o seu dever ser. Pode-se afirmar que as cláusulas contratuais são um prolongamento da lei, daí dizer-se que o contrato faz lei entre as partes.<sup>8</sup>

Nele duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem resultados jurídicos obrigacionais, de acordo com a lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato. Essa manifestação de vontade deverá acompanhar a necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição da República.

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.<sup>9</sup>

Conclui-se, assim, que o contrato é a fonte principal do direito das obrigações, revestindo-se como instituto primordial ao Direito Privado, como afirma Flávio Tartuce ao trazer a definição de vários autores clássicos em sua obra:

Entre os clássicos, Clóvis Beviláquia afirma ser o contrato “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (Código..., 1977, p.194). Para Orlando Gomes o contrato é “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam” (Contratos, 1996, p.10). Washington de Barros Monteiro conceitua o contrato como sendo “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (Curso..., 2003, p.5).<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 3: Contratos. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 22.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.18

<sup>10</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.19

Deste modo, o Código Civil de 2002<sup>11</sup> disciplina, em vinte capítulos, vinte e três espécies de contratos nominados nos artigos 481 a 853, e cinco de declarações unilaterais da vontade nos artigos 854 a 886 e 904 a 909, além dos títulos de crédito, tratados separadamente, artigos 887 a 926. Contém ainda um título referente às obrigações por atos ilícitos, nos artigos 927 a 954.

As recentes inovações legislativas e a sensível evolução da sociedade brasileira, não possibilitam desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam os interesses da sociedade, como a real função dos contratos, motivo pelo qual começaremos pelo estudo do contrato, apresentando sua evolução histórica até o surgimento dos contratos de massa.

### 1.1 Evolução histórica do contrato

Para entender o conceito de contrato contemporaneamente faz-se necessário se aprofundar e buscar o entendimento exato da evolução histórica dos contratos, pois, a cada processo de evolução da sociedade o contrato passa a ser formado com características diferentes, contemplado com conceitos em respeito ao pensamento do período, conforme a evolução da sociedade.

A coexistência de novas manifestações contratuais com os chamados contratos clássicos nem sempre é pacífica e estreme de dúvidas. Importa em cada caso examinar a evolução do negócio contratual no curso da história, a fim de obter sua devida classificação e, conseqüentemente, sua natureza jurídica, crucial para a definição dos respectivos efeitos.<sup>12</sup>

O desenvolvimento do comércio levou à necessidade de maior agilidade e simplificação das relações contratuais, o que possibilitou a admissão de certos pactos que só obrigariam se fossem válidos e não alterassem elementos essenciais dos contratos e à criação de novas espécies contratuais, que permitiram a realização de atividades que, posteriormente, deram origem às operações financeiras e de crédito.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.24.

<sup>13</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.393.

A necessidade de um instrumento para a formalização da vontade de duas ou mais pessoas nasceu em função de casos concretos, envolvendo pessoas de uma mesma e pequena comunidade, com vistas ao movimento de riquezas dentro da mesma.<sup>14</sup>

A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato.<sup>15</sup>

Prevalecia inicialmente, entre as partes contratantes, a autonomia da vontade, de modo que as partes consentiam em igualdade de condições com os direitos e obrigações que regeriam sua relação.

Portanto, a ideia de contrato vem sendo moldada desde os romanos com base nas práticas sociais e morais, para viabilizar a convivência social. Assim, o direito romano distinguia “contrato” de “convenção”. Esta representava o gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies.

No Direito Romano o contrato era dotado de rigor formalista. Ele não era visto como meio regulador para qualquer operação. Para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse proteção. O mero acordo de vontades não era suficiente para criar obrigações.

O contrato, a convenção e o pacto foram conhecidos no Direito Romano. Embora sejam expressões utilizadas como sinônimos, só o contrato tem sentido técnico. Convenção é termo mais genérico, aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral. O termo pacto fica reservado para cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, modificando seus efeitos naturais. Pacto, usado singelamente, não tem a mesma noção de contrato, e utilizado para denominar um acordo de vontades sem força cogente. Como bem diferencia, em sua obra, Silvio Venosa:

A palavra *contractus* significa unir, contrair. Não era o único termo utilizado em Direito Romano para finalidades semelhantes. Convenção, de

---

<sup>14</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Editora Varbatim, 2010. p.17

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.18

*conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. E pacto provém de *pacis si*, estar de acordo.<sup>16</sup>

Deste modo, no Direito Romano existia grande categoria: a convenção, que se dividia em contratos, dotados de rigor formalista e protegidos e o pacto, sem rigor formalista e sem proteção.

O simples acordo, convenção ou pacto, não bastava para criar uma obrigação juridicamente exigível. Assim, para que se criasse uma obrigação, havia a necessidade de seguir certas formas, como forma de imprimir solenidade às convenções.

Assim, qualquer convenção se tornaria obrigatória se revestida das formalidades legais, aumentando as convenções vinculativamente obrigatórias, em que o que importa para a validade do contrato é a o acordo de vontades, ficando acima das formalidades.

Destarte, a vontade, por muito tempo, foi considerada o principal elemento do contrato, pois apenas com a livre manifestação das partes envolvidas é que se poderia falar em cumprimento de direitos e obrigações entre eles. A função dos contratos era a de proteger o cumprimento dos efeitos pretendidos pelos contratantes.

Em razão das revoluções do século XVIII, com a diferenciação entre nobres e plebeus, o aumento da importância do direito da propriedade e o acúmulo de riquezas, e as alterações da sociedade amparada em ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, é que surgem os ideais liberais, com o intuito de eliminar o absolutismo.

O Código napoleônico foi a primeira grande codificação moderna. Não foi a primeira nem a melhor, mas difundiu-se largamente em razão da preponderância da cultura francesa em sua época. Espelha a vitória obtida pela burguesia, na revolução de 1789, com suas conquistas políticas, ideológicas e econômicas. Nesse estatuto, o contrato vem disciplinado no livro terceiro, dedicado aos “diversos modos de aquisição da propriedade”. Como uma repulsa aos privilégios da antiga classe dominante, esse Código eleva a aquisição da propriedade privada ao ponto culminante do direito da pessoa. O contrato é servil à aquisição da propriedade e, por si só, é suficiente para essa aquisição. No sistema francês, historicamente justificado, o contrato é um mero instrumento para se chegar à propriedade. O indivíduo, ao contrário do antigo regime, podia então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário. O contrato é colocado

---

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. P.382



como um meio de circulação de riquezas, antes à mão apenas de uma classe privilegiada.<sup>17</sup>

Surge assim, o liberalismo econômico, com o ideal de proteção das liberdades individuais, sem a interferência do Estado nas relações sociais, mas apenas crias mecanismos para a satisfação da vontade das partes. Liberdade e a propriedade estão ligadas indissolúvelmente, pois sem propriedade não poderia haver liberdade.

A garantia da propriedade privada foi a primeira manifestação de direito e garantia individual, e, as regras que ligam as pessoas às coisas são justamente os contratos, que representam o acordo dos contraentes e configura a oportunidade da burguesia ascendente de adquirir os bens das classes antigas, que eram as detentoras de bens.

No Código Civil alemão, promulgado muito tempo depois, o contrato passa a pertencer a uma categoria mais geral, considerando o contrato uma espécie de negócio jurídico, que por si só não transfere a propriedade, como sucede igualmente no novo Código Civil brasileiro.

O Código alemão traz, além de regras dedicadas ao contrato em geral e a cada espécie de contrato descrito na lei, regras que se aplicam ao negócio jurídico em geral. Sistema este adotado em nossa lei de 1916 e mantido no novo estatuto em vigor.

Daí porque o contrato é visto como o resultado da convergência de interesses pessoais fruto da autonomia de vontade, ou seja, da liberdade negocial dos indivíduos, resultante dos conceitos traçados no Código francês e alemão do início do século XX, essencialmente privado e paritário, representa, hoje, apenas uma pequena parcela das práticas contratuais na atualidade.<sup>18</sup>

Tudo se modificou no direito moderno, pois qualquer acordo entre duas ou mais pessoas, que tenha por objeto uma relação jurídica, pode ser indiferentemente chamado de contrato ou convenção e às vezes pacto, visto este termo ter perdido aquele significado técnico e rigoroso que lhe atribuía a linguagem jurídica romana.

---

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.380.

<sup>18</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012. p.159

A ideia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, essencialmente privado e paritário, representa hodiernamente uma pequena parcela do mundo negocial. Os contratos em geral são celebrados com a pessoa jurídica, com a empresa, com os grandes capitalistas e com o Estado.

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados, que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário, de modo que se pode afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.

No direito civil, o contrato está presente não só no direito das obrigações como também no direito de empresa, no direito das coisas, no direito de família e no direito das sucessões. Trata-se de figura jurídica que ultrapassa o âmbito do direito civil, sendo expressivo o grande número de contratos de direito público hoje celebrados.

As principais mudanças no âmbito dos contratos, no novo diploma, foram implementadas por cláusulas gerais, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística. Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral.

Assim, quando se insere determinado princípio geral no direito positivo do país, deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral.

O contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 tornou explícito que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade, artigos 421 e 422.

## 1.2 Elementos do contrato

Uma vez alcançada a compreensão fundamental do contrato, necessário o estudo dos seus elementos constitutivos, demonstrando a correlação entre o conceito e os elementos essenciais dos contratos.

Para que o negócio jurídico produza efeitos deve preencher certos requisitos para sua validade e o contrato, sendo uma espécie de negócio jurídico, exige para a sua existência legal o concurso de alguns elementos fundamentais, que constituem condições de sua validade.

Assim, esses requisitos ou condições de validade dos contratos são a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Esses elementos essenciais encontram previsão legal no artigo 104 do Código Civil vigente, os quais, serão analisados à seguir.

### 1.2.1 Capacidade

A capacidade dos contratantes é o primeiro elemento ou condição subjetiva de ordem geral para a validade dos contratos. O contrato deve ser celebrado com observância do disposto no art. 104, I, do Código Civil, que exige capacidade de fato do agente.

A capacidade exigida nada mais é do que a capacidade de agir em geral, que pode inexistir em razão da menoridade, da falta do necessário discernimento ou de causa transitória (CC, art. 3º), ou ser reduzida nas hipóteses mencionadas no art. 4º do Código Civil (menoridade relativa, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, discernimento reduzido, prodigalidade).

Considerando que toda pessoa “é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 2º, CC), a incapacidade de fato não impede a participação em contrato, apenas exige que a prática se faça por intermédio de representante legal e conforme o permissivo da lei.

No entanto, é importante recordar a noção de legitimação nos contratos. Se a capacidade é geral e se aplica a todos os atos da vida civil, nem sempre para certos contratos o agente tem essa capacidade. Assim, se toda pessoa

maior e capaz pode comprar e vender, um ascendente não pode vender bens aos descendentes, sem que os outros descendentes o consentam (art. 496), dispositivo que inclui também a aquiescência do cônjuge para a higidez no negócio, nem podem os tutores comprar bens que estejam sob sua administração (art. 497,1). Nesses casos ora sob exemplo, essas pessoas se colocam objetivamente em situações determinadas de incapacidade. Ora, essa incapacidade específica para certo ato constitui falta de legitimação.<sup>19</sup>

Assim, serão nulos (CC, art. 166, I) ou anuláveis (art. 171, I), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou pela assistência (CC, arts. 1.634, V, 1.747, I, e 1.781).

No tocante às pessoas jurídicas exige-se a intervenção de quem os seus estatutos indicarem para representá-las ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.

### 1.2.2 Objeto

O objeto do contrato deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (CC, art. 104, II).

Objeto lícito é o que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes. Os referenciais de licitude do objeto estão na lei e na moral social, e a liberdade contratual pressupõe o respeito aos dois.

O objeto do contrato deve ser lícito. Não pode contrariar a lei e os bons costumes. Não é lícito um contrato de contrabando, nem é moral um contrato que obrigue uma pessoa a manter-se em ócio, sem trabalhar. Costuma-se colocar ao lado dos bons costumes a ordem pública. Também não pode ser admitido pelo ordenamento um contrato que a contrarie. A ordem pública supõe um conflito entre os interesses do Estado e os interesses dos indivíduos. São de ordem pública aquelas disposições legais que não podem deixar de ser obedecidas pelas partes. Não é admitido, por exemplo, que em um contrato de locação residencial seja proibida a permanência dos filhos do locatário no imóvel em caso de falecimento deste (art. 11,1, da Lei na 8.245/91). As disposições de ordem pública variam conforme o momento histórico da sociedade e a orientação política imprimida ao Estado.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.462.

<sup>20</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.464.

Deve ser, também, possível. Quando impossível, o negócio é nulo (CC, art. 166, II). A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Impossibilidade física é a que emana das leis físicas ou naturais. Já a impossibilidade jurídica do objeto quando o ordenamento jurídico proíbe, expressamente, negócios a respeito de determinado bem.

O objeto e as prestações de um contrato devem ser possíveis. Essa possibilidade tanto deve ser física como jurídica. A impossibilidade jurídica encontra obstáculo no ordenamento. É impossível, por exemplo, contratar a importação de coisa proibida pela lei. A impossibilidade é física quando o contratante não tem as condições de realiza-la. Não podemos, por exemplo, contratar uma pessoa muda para cantar. A possibilidade, tanto física como jurídica, deve ser examinada em cada contrato. A impossibilidade pode variar no tempo e no espaço. Há impossibilidades que se estampam já na contratação, outras que surgem no decorrer da avença. O descumprimento do contrato e suas consequências, em razão da impossibilidade, poderão gerar ou não o dever de indenizar, dependendo se era ela previsível ou conhecida (portanto, com a ocorrência de culpa), ou não (quando se estaciona na força maior ou caso fortuito).<sup>21</sup>

E deve ser, igualmente, determinado ou determinável. Admite-se, assim, a venda de coisa incerta, indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade, que será determinada pela escolha, bem como a venda alternativa.

O objeto sobre o qual repousa a vontade dos contratantes deve ser determinado. Não é possível obrigar o devedor a pagar alguma coisa, ou a exercer alguma atividade, de forma indeterminada. Por vezes, o objeto não é determinado no nascimento do contrato, mas deve ser determinável em seu curso. É o que ocorre, por exemplo, quando deixamos a fixação do preço a cargo de terceiro. O objeto poderá ser de corpo certo, infungível, ou de coisas fungíveis, quando basta indicar-lhes a espécie, qualidade e quantidade (art. 85).<sup>22</sup>

### 1.2.3 Forma

A forma é o meio de revelação da vontade e deve ser a prescrita ou não defesa em lei.

No direito brasileiro a forma é, em regra, livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em

---

<sup>21</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.464.

<sup>22</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.463.

que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular.

A manifestação da vontade contratual pode, na verdade, dar-se de forma escrita ou verbal. Pode até mesmo expressar-se de forma mímica ou gestual, quando tais figuras são admitidas pela categoria dos contratos e pelos costumes: um gesto pode significar o lance no leilão, o sinal com o dedo polegar levantado, sinal de positivo entre nós, pode significar aceitação de uma proposta, e assim por diante. O mais comum, no entanto, é a vontade negociada manifestar-se por intermédio de palavras, escritas ou faladas.<sup>23</sup>

Dispõe, com efeito, o art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

É na parte geral do Código que vamos encontrar os dispositivos que orientam a matéria. A regra geral, contudo, é de liberdade de forma para os negócios jurídicos em geral. Somente quando a lei estipular que o ato deva revestir-se de determinada forma, é que sua preterição o viciará de nulidade (art. 107). E o art. 166, IV em complementação, diz ser nulo o ato jurídico quando não se revestir da forma prescrita em lei e quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade (art. 166, V).<sup>24</sup>

É nulo o negócio jurídico quando “não revestir a forma prescrita em lei” ou “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade” (CC, art. 166, IV e V).

São formais ou solenes os contratos que exigem determinada forma. Não havendo necessidade de escritura pública, os contratos podem ser realizados por escrito particular.

### **1.3 Função social do contrato**

Após uma abordagem histórica e dos seus elementos compreende-se a importância dos contratos para o desenvolvimento harmônico e equilibrado da sociedade. Assim, é possível afirmar que sem o amparo dos contratos não existiria

---

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.466.

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.466.

uma sociedade capitalista, em razão da insegurança jurídica para o cumprimento de acordos.

O contrato deve cumprir uma função social, preceito expressamente consagrado no Código Civil de 2002, considerado por alguns uma cláusula geral, cuja utilização em larga escala é uma das características deste estatuto civil, que as inseriu de forma dispersa por todo o seu texto, ao contrário do que ocorria com o Código Civil de 1916 que, não obstante também as estabelecesse, eram em quantidade muito mais restrita.<sup>25</sup>

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.

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.<sup>26</sup>

O contrato, cuja função inicialmente foi assegurar o cumprimento de algum direito em superação ao uso da violência, mostrava-se como um instrumento opressor e não realizador, como se pretendia. O Estado não podia intervir no contrato, pois se pregava que ele é lei entre as partes, contraentes em igualdade de condições, muito embora só a igualdade consagrada na lei não assegure a efetiva igualdade.

As principais consequências eram o não reconhecimento de uma parte mais vulnerável no negócio e assim, sobre ela recaía todo ônus e os o riscos do o contrato firmado. Assim, em observação aos princípios da autonomia privada, da liberdade de contratar e contratual, da igualdade formal, o Estado nada podia fazer para conter os efeitos maléficos a sociedade.

Assim, o princípio da função social na Constituição Federal de 1988 encontra-se atrelado, no início, ao direito de propriedade, no art. 5º, incs. XXII e XXIII, e por

---

<sup>25</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.15

<sup>26</sup> REALE, Miguel. A função social do contrato. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 10 mar.2018.

consequência, no Código Civil de 2002, o legislador trouxe expressamente o princípio da função social nos arts. 421 e 2.035, tratando-o como de ordem pública e condicionando a liberdade de contratar a sua observação.

Com o Código de Defesa do Consumidor ocorreu a grande mudança, ou seja, foi criado um contrato capaz de resguardar os direitos dos consumidores, protegendo-os em relação aos abusos e lesões anteriormente praticados. Daí dizer-se que o contrato passou a ter “função social”, pois já não cuidava de preservar exclusivamente os interesses dos fornecedores, passando também a considerar a pessoa do consumidor.<sup>27</sup>

A função social dos contratos constitui uma festejada mudança que revolucionou o Direito Contratual Brasileiro, trazendo uma nova concepção do instituto, de acordo com as tendências socializantes do Direito.

Assim, com a funcionalização dos direitos supera-se a ideia tradicional de que a esfera dos particulares é regulada tão somente pela noção de autonomia da vontade expressa no contrato. A concepção de vínculo contratual deixa de lastrear-se na ideia de valor da vontade, como elemento principal e único, para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. Assim, o contrato tem importância para toda a sociedade e seus fins próprios devem ser assegurados.

Na busca de um novo equilíbrio contratual, capaz de preservar os interesses dos contratantes, surge uma nova concepção contratual decorrente de uma forte intervenção do estado nas relações privadas, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores, que interessa a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas de realização do bem comum.<sup>28</sup>

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio social por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

---

<sup>27</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.109.

<sup>28</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012. p.160.



Na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a repensar da função social da propriedade, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa consonância, dispõe o art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O surgimento de perspectivas voltadas para o campo do social deu margem a um processo de restauração da vontade legítima do consumidor prejudicado por eventual desequilíbrio contratual, serviços inadequados e ineficientes. Iniciaram-se processos de preservação da expectativa do consumidor quando da contratação, garantindo-se concretamente a imagem de um negócio seguro e eficiente.

Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido o Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negociai não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em tomo da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão.<sup>29</sup>

A concepção social do contrato apresenta-se com escopo de promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes, como reforça Flávio Tartuce:

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom-senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. Por esse caminho, a função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.397.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.84.

Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se desta função.

Assim, em um estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social no momento em que, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada, respeitar a dignidade da pessoa humana, consagrar o princípio da boa-fé objetiva, com deveres de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação e com respeito ao meio ambiente.

O contrato, então, existe para propiciar circulação da propriedade e emanações desta, em clima de segurança jurídica. Assegurada esta função sócio-econômica, pode-se cogitar de sua disciplina e limitação. Não se pode, contudo, a pretexto de regular a função natural, impedi-la. A função social é um plus que se acrescenta à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar da função econômica no domínio do contrato.<sup>31</sup>

A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado na aplicação dos contratos, aliado ainda aos princípios tradicionais da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes se sobreponham.

A função social do contrato serve assim para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social que deve prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.

Este princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.

Nessa linha a função social é, evidentemente, nos termos do art. 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, desempenhando funções análogas ao art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem restrições.

---

<sup>31</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.118

Todas essas inovações, sem dúvida, objetivaram restabelecer o equilíbrio contratual, resolvendo, dessa forma, o problema da desvantagem a que estava submetido o consumidor. Pode-se dizer que o legislador conferiu superioridade legislativa ao consumidor, para compensar a sua natural inferioridade econômica e contratual.<sup>32</sup>

Assim, a função social traduz-se na necessidade de as partes atuarem de forma cooperativa e com lealdade entre si e perante a sociedade, para que o contrato seja bom para as partes e bom para a sociedade.

Deste modo, a função social dos contratos visa a valorizar autonomia privada, sendo a liberdade contratual exercida nos limites da referida função, no intuito de servir de instrumento de promoção do interesse coletivo e do bem comum.

Todavia, não representa apenas uma restrição à liberdade contratual, mas também um regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais.

A intervenção estatal fez com que o contrato passasse a ser dirigido, no seu conteúdo, por meio de leis que impõem ou proíbem certas condutas. O dirigismo contratual resultou na limitação da liberdade contratual com o fim precípua de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e obviar proteção ao consumidor.<sup>33</sup>

O atendimento à função social deve ser observado sob o enfoque individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, atendendo ainda o aspecto público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Assim, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade for atingida de forma justa, representando uma fonte de equilíbrio social.

Imprescindível destacar que a função social do contrato visa à consecução de determinados resultados ou de vantagens concretas para sociedade, pois não basta que o contrato produza os efeitos pretendidos ele também não pode causar danos a outrem.

Impõe-se, assim, que os interesses individuais dos contratantes sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, posto que o contrato tem importância para toda a sociedade.

---

<sup>32</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.p.110

<sup>33</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.p.110

Valendo-se das lições de Giselda M. Fernandes Hironaka complementa-se:

Constata-se, destas posições sociais contidas na História da Igreja, especialmente dois elementos, no direito de propriedade. Um elemento, dito de direito individual, que se refere ao fato de que todo homem tem direito – e se trata de um direito absoluto – a tantos bens quanto necessite para a satisfação de sua condição pessoal, social, humana. E um outro elemento, do Direito Social, pelo qual tudo aquilo que excede deve ser redistribuído em proveito da sociedade, trata-se de um tipo de administração, remunerada sem dúvida, que se passa por conta do interesse social.<sup>34</sup>

Nesse contexto, a função social do contrato manifesta-se tanto em seu aspecto interno, entre os contratantes, quanto em seu aspecto externo, em face da sociedade.

Destaca-se assim o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, que determina que as partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Cabe assim, ao interessado, se manifestar e ao juiz decidir sobre a adequação social de um contrato ou de suas cláusulas. O juiz poderá assim preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz e a função social do contrato será avaliada na concretude do direito apontado, sem que coloque em risco a segurança jurídica.

Fica claro assim que a função social do contrato é matéria de ordem pública, com proteção constitucional, sendo que, desse modo, espera-se que os posicionamentos do Poder Judiciário sejam reiterados no sentido de promover a defesa do consumidor vulnerável.

Para tanto necessária a realização da análise do surgimento dos contratos de massa, e como vem sendo disciplinados em nosso ordenamento jurídico, de modo a oportunizar os motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar referida exceção da súmula 381.

---

<sup>34</sup> HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, n.45, p.142, jul./set.1988

## 1.4 Surgimentos dos contratos de massa

Com a massificação econômica, nasce, conseqüentemente a massificação das relações contratuais. Modelo que exige contratos impessoais e padronizados que não mais se coadunam com o princípio clássico da autonomia de vontade. Isso porque, neste novo cenário social, a liberdade de contratar, especialmente da parte contratante mais vulnerável, a exemplo dos consumidores, praticamente desaparece.

A massificação das relações contratuais trouxe mudanças na concepção de contrato, trazendo à tona diferentes formas de interpretação e de concepção do instrumento. A produção e a comercialização em grande escala, através de mecanismos de distribuição, provocaram a padronização dos contratos, instrumento responsável pela disposição de produtos e serviços no mercado, gerando os chamados contratos de adesão, as condições gerais dos negócios, como forma de garantirem celeridade às práticas de mercado.

Surge então o contrato de adesão, nele, o aderente somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Trata-se do típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. Não é permitida a discussão das cláusulas por ser incompatível com os métodos de contratação em massa.

Esses contratos surgem como uma necessidade de tornar mais rápidas as negociações, reduzindo custos, diminuindo assim a iniciativa individual. Os contratos com cláusulas predispostas surgem, então, como um fator de racionalização.

O surgimento das chamadas cláusulas contratuais gerais está atrelado ao surgimento do contrato de adesão e às contratações em massa. Os negócios na sociedade de consumo formam-se e executam-se a um ritmo incompatível com o modelo clássico de contratação.<sup>35</sup>

O Código de Defesa do Consumidor não vedou a utilização do contrato de adesão, mas impôs regras para a sua validade. Esse tipo de contrato que é realizado de uma forma unilateral pelo fornecedor, corresponde a uma forma de resguardar os interesses econômicos do empresário. Embora o Código de defesa do consumidor permita a realização desse tipo de contrato, há inúmeros limites

---

<sup>35</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012. p.161.

normativos, que foram criados com o intuito de preservar os direitos do consumidor, sem que o fornecedor abuse do seu poder ao criar os contratos.

A estipulação de cláusulas gerais de contrato tem assumido importância particular nos setores financeiro e bancário. A organização da atividade bancária para travar relações com uma multiplicidade de clientes impõe dupla necessidade: a padronização dos esquemas e cláusulas dos contratos mediante formulários uniformes e a simplificação das relações jurídicas por meio da adoção de instrumentos e títulos de crédito, cujo objetivo é permitir o controle das situações jurídicas materiais através de situações jurídicas meramente formais.

Na sociedade de consumo, a contratação de massa faz girar nossa vida negocial. O fenômeno da massificação congrega um conjunto de muitos indivíduos anônimos. Dentro dessa nova realidade, o contrato negociado não encontra guarida. Hoje, deparamos com certo automatismo contratual que deixa imperceptível o mecanismo da vontade, antes um baluarte do contrato. Modernamente, cada vez mais o indivíduo contrata com um ente despersonalizado. A figura do contratante que oferta bens e serviços às massas geralmente é desconhecida. Com o inadimplemento é que o contratante individual lesado procura identificá-lo. Desde a compra de um ingresso para o cinema até a aquisição de bens por meio de uma máquina de refrigerantes ou por meio de processamento de dados, com utilização de linhas telefônicas, a automatização aperfeiçoa-se e mostra-se crescente na vida social.<sup>36</sup>

Os bancos valem-se, via de regra, no tratamento com os clientes, de cláusulas contratuais uniformes, predispostas unilateralmente, a fim de racionalizar ao máximo a gestão empresarial.

Este fato, que reflete o fenômeno mais amplo da massificação dos contratos, afetou de forma drástica a liberdade dos clientes que contratam com as instituições financeiras, o que é grave se considerarmos que o recurso ao crédito é indispensável para que os consumidores possam operar no mercado de consumo.

A massificação dos contratos bancários relativizou o princípio da liberdade de contratar na escolha do outro contratante, pois não existem variações significativas entre os contratos elaborados pelos predisponentes e na autonomia das partes para estabelecer os conteúdos contratuais praticamente deixou de existir nos contratos financeiros e bancários.

---

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.401.

Ou seja, passou-se a ideia de que o Estado não pode simplesmente fechar os olhos para as atuais relações entre aqueles que ofertam um produto ou serviço e aqueles que os adquire, visto que, indubitavelmente, por conta das inúmeras diferenças entre os dois polos da relação, o Estado deve intervir, com vistas à proteção da parte hipossuficiente.<sup>37</sup>

As cláusulas contratuais são predispostas unilateralmente mediante a elaboração de esquemas uniformes, que se repetem em todos os contratos celebrados pela empresa. Tais contratos suprimem as negociações prévias cabendo ao aderente aceitar ou recusar em bloco o regulamento contratual que lhe é apresentado.

A contratação em massa apresenta-nos o consumidor anônimo. Esse contratante só adquire parcial identificação no momento em que chega ao guichê de um espetáculo para adquirir ingresso; aciona a máquina de vendas inserindo uma moeda ou ficha para adquirir um produto; recebe a nota fiscal ao adquirir um bem em um estabelecimento comercial. Note que esse consumidor permanecerá anônimo e não haverá interesse em sua identificação, a não ser nos casos de inadimplemento.<sup>38</sup>

O consumidor somente recebe o contrato após concluí-lo, e soma-se a isso a falta de conhecimento para entender os termos técnicos do contrato, sua vulnerabilidade técnica, acrescidos a conteúdos extensos, impressos em letras de tamanho reduzido, que visam a desestimular a leitura e análise do conteúdo contratual pelo aderente.

Ademais, há a imposição de várias cláusulas limitativas da contratação, não explícitas e inseridas sem qualquer destaque, que impedem a verificação das mesmas no instrumento contratual.

O desequilíbrio nas relações contratuais trouxe como consequência os abusos e lesões patrimoniais de toda a ordem aos consumidores, que não encontravam resposta adequada no sistema até então vigente, da falta de tratamento legislativo acerca da modificação e da revisão das cláusulas contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas.

A normatização do consumo levou o tema a um inevitável processo de judicialização dos relacionamentos daí decorrentes, os quais sempre enfocaram a tutela de um dos sujeitos da relação, qual seja: o consumidor.

---

<sup>37</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Editora Varbatim, 2010. p.22.

<sup>38</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.401.

As regras de caráter objetivo serão utilizadas quando houver dúvida quanto à intenção das partes contratantes, analisando as regras editadas pelo legislador ou preconizadas pela doutrina, tomando o contrato como produto objetivo de uma declaração volitiva, e ordenam como procederá o juiz em face delas.<sup>39</sup>

Desta forma, a vontade deixa de ter valor absoluto. Não se acredita mais na espontaneidade do equilíbrio entre as partes e o consumidor com as pressões do mercado, que invade a sua própria privacidade.

Assim, o consumidor é reconhecido como parte vulnerável, afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem econômica, pela pressão das necessidades, pela influência da propaganda entre outros.

#### **1.4.1 Contrato de adesão**

Os contratos de adesão traduzem uma manifestação jurídica da moderna vida econômica e social, uma vez que a padronização de cláusulas e simplificação na contratação possibilita a intensificação dos negócios.

Assim, assevera Ragazzi sobre o surgimento dos contratos de adesão na sociedade de massa:

Surge o instrumento que o ordenamento jurídico brasileiro, mais de oitenta anos depois, denominou de “contrato de adesão”, no qual “o exercício da autonomia da vontade por parte do contratante, economicamente mais fraco, se limita à liberdade de contratar ou não, ou seja, à liberdade de aderir ou não às condições impostas pelo proponente, em regra, economicamente mais forte.”<sup>40</sup>

Os contratos de adesão avultaram em importância no campo das relações de consumo pela multiplicidade contratual das relações de consumo, manifestada na ampla e variada gama de contratos, pela impossibilidade prática da contratação individual nos moldes clássicos e pela desigualdade dos contratantes, tornando possível o abuso do disponente no ato de formulação das condições gerais do contrato.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.3, p.53.

<sup>40</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.21.

<sup>41</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.120.



Em razão dessas características os contratos evoluíram e ganharam características próprias para facilitar a contratação entre as partes da relação de consumo, dando agilidade às transações. Termos em que leciona Cristiano Chaves de Farias:

O surgimento da categoria do contrato de adesão é resultante do processo de fragmentação do conceito de contrato. Abandona-se a concepção monolítica do contrato em prol de paradigmas diversos, voltando-se a teoria contratual para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais.<sup>42</sup>

O contrato de adesão, portanto, é instrumento da teoria contratual, criado precipuamente para a consecução dos objetivos do contrato em si.

Estes contratos são instrumentos nos quais todas as cláusulas são previamente estipuladas por um dos contratantes, de modo que o outro não tem o poder de debater as condições, nem introduzir modificações pela parte aderente, mas tão somente a sua aceitação, seja ela expressa ou tácita.

Trata-se do típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Essa modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais de direito contratual, como vimos. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante. Há condições gerais nos contratos impostas ao público interessado em geral. Assim é o empresário que impõe a maioria dos contratos bancários, securitários, de transporte de pessoas ou coisas, de espetáculos públicos etc. Isso não significa que, por exceção, esse empresário, em situações excepcionais, deixe de contratar, sob a forma tradicional, um seguro, um financiamento bancário ou o transporte de determinada pessoa ou coisa. Não é, no entanto, a regra geral. Para o consumidor comum, não se abre a discussão ou alteração das condições gerais dos contratos ou das cláusulas predispostas.<sup>43</sup>

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.

---

<sup>42</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.313

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.402.

Referida técnica de contratação trouxe muitas vantagens para consumidores e fornecedores. Ao consumidor porque proporciona rapidez e maior previsão de riscos. Aos fornecedores porque os contratos seriam os mesmos para todos os consumidores, não importando sua classe social e a redução dos custos da empresa proporcionaria uma redução dos preços dos produtos.<sup>44</sup>

Sua afinidade reside no fato de ser apresentado por um dos contraentes, em fórmula impressa ou datilografada, ao outro, que se limita a subscrevê-lo. A falta de negociações e de discussão implica uma situação de disparidade e inferioridade econômica para o contratante mais fraco.

Esses contratos surgem como uma necessidade de tornar mais rápidas as negociações, reduzindo custos. Reduzimos assim a iniciativa individual. Os contratos com cláusulas predispostas surgem, então, como fator de racionalização da empresa. O predisponente, o contratante forte, encontra nessa modalidade contratual um meio para expandir e potencializar sua vontade. Cabe ao legislador, e particularmente ao julgador, traçar os limites dessa imposição de cláusulas, tendo em vista a posição do aderente, o contratante fraco. Daí concluímos que não podemos defender hoje uma total liberdade contratual, porque a sociedade não mais a permite.<sup>45</sup>

A pessoa que necessita contratar com uma grande empresa exploradora de um serviço ou produto se depara com um contrato padronizado, previamente elaborado, limitando-se a dar o seu aceite, aderindo ao contrato já elaborado. Ou se submete a ele, sem poder de discutir preço e condições propostas, ou se priva de um serviço muitas vezes indispensável.

A incidência do código de defesa do consumidor nas relações contratuais é de suma importância, sobretudo no que toca aos contratos de adesão, nos quais não há a participação de ambos os polos interessados.

Como o contrato de adesão é usualmente é celebrado em relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor dedicou um capítulo a este diploma, conceituando-o da seguinte forma, em seu art. 54: “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”.

---

<sup>44</sup> MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo. São Paulo: RT, 1996, p.127.

<sup>45</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.405.

Todavia, sua característica principal, a impossibilidade da discussão de seu conteúdo, deu azo ao estabelecimento de cláusulas abusivas ao consumidor, como leciona Cláudia Lima Marques:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual e não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato. A inserção de cláusula no formulário, por exemplo sobre preço, condições, data da entrega e outras, não desfigura a natureza de adesão do contrato.<sup>46</sup>

A natureza jurídica do contrato de adesão como efetivo e verdadeiro contrato é questionada por muitos que consideram o instituto como ato unilateral, pela falta de discussões preliminares entre as partes e a forma abstrata das cláusulas, que se assemelham mais a uma lei do que a um contrato.

O consumidor limita-se a aceitar em bloco, muitas vezes sem sequer ler completamente as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-estabelecidas assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado, restando-lhe a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo pré-estabelecido.<sup>47</sup>

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

---

<sup>46</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.800

<sup>47</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.801

momento que suas cláusulas ofenderem ao consumidor, desrespeitando os valores e princípios insculpidos no diploma consumerista.

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

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.

#### **1.4.2 Dos contratos bancários**

A Súmula 381 que trata da vedação da possibilidade de ser reconhecida de ofício a abusividade de cláusulas abusivas do Superior Tribunal de Justiça tem sua aplicação restrita aos contratos bancários.

Os contratos bancários caracterizam-se por serem aqueles através dos quais se realizam operações tipicamente bancárias, que são em sua grande maioria de adesão em razão do grande volume de transações efetuadas pelos bancos. Sobre o tema leciona Maria Helena Diniz:

O banco – empresa ou instituição financeira que tem por fim realizar a mobilização do crédito, mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimos de importância, em seu próprio nome, ao que necessitam de capital – domina a vida quotidiana; não há classe social que a ele não se dirja, recolhendo suas economias ou levantando capitais.<sup>48</sup>

A realidade dos tempos atuais revela que todos, indistintamente, precisam e se utilizam de serviços bancários diuturnamente, utilizando-os não mais por meio de complicados e formais contratos, mas, de forma massificada, simples e por vezes automática.<sup>49</sup>

Celso Marcelo de Oliveira conceitua os contratos bancários:

São negócios jurídicos que, além da relação entre o prestador de serviços (Banco) e o consumidor, caracterizam-se pelas regulamentações advindas

---

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 4 – 5. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573

<sup>49</sup> SCHONBLUM, Paulo Maximilian Mendlowicz. Contratos Bancários, 4ª edição. Forense, 08/2015. p.25

do Banco Central do Brasil, para cada um dos tipos contratuais permitidos às instituições financeiras (Lei nº 4.595/64)<sup>50</sup>

Trata-se assim de um grupo de contratos em que uma das partes é uma instituição financeira ou um banco. Há, assim, figuras contratuais que são próprias da atividade bancária. São modalidades reservadas, por lei, às instituições bancárias e assemelhadas. Sobre o tema leciona Pontes de Miranda:

Nem todos os negócios jurídicos em que é figurante banco ou banqueiro (casa bancária, trate-se de pessoa jurídica ou pessoa física que seja o dono da empresa) são negócios jurídicos bancários, no estrito senso, isto é, de negócios jurídicos ditos bancários. Qualquer pessoa pode subscrever, endossar ou avalizar letra de câmbio ou nota promissória. Se é o banco ou o banqueiro que a faz, nem por isso se torna bancário o negócio jurídico. Mas o negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente pode ser bancário.<sup>51</sup>

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 excessivamente onerosas aos consumidores.

Diversos são os tipos de contratos bancários, mas entre eles há sempre dois elementos específicos presentes: um objetivo, o crédito, e outro subjetivo, a instituição bancária.

Assim, denomina-se bancário o contrato que tem o crédito por objeto e apresenta, necessariamente, em um dos polos da relação jurídica, uma instituição bancária. Seguindo a doutrina do professor Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum:

As características das operações bancárias são: o seu conteúdo econômico e, como não poderia deixar de ser, o fato de reunir como partes do negócio um cliente e, de outro lado, o banco. Verificada a presença de tais características, estar-se-á, inegavelmente, diante de uma relação bancária (cliente-banco).<sup>52</sup>

O crédito, a que se referem os contratos bancários, é representado sempre por obrigação financeira. Sempre que a lei referir-se ao crédito, estará dispondo sobre o fato econômico, sobre riquezas.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Contratos bancários e o código de defesa do consumidor: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.591. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 180.

<sup>51</sup> MIRANDA, Pontes de. Direito das obrigações: negócios jurídicos bancários e de Bolsa, corretagem ... (coleção tratado de direito privado: parte especial; 52)/ Pontes de Miranda; atualizado por Bruno Miragem. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.57

<sup>52</sup> SCHONBLUM, Paulo Maximilian Mendlowicz. Contratos Bancários, 4ª edição. Forense, 08/2015.. p.50

A expressão instituição bancária é empregada em sentido amplo, para alcançar tanto os bancos quanto as financeiras. Se duas pessoas físicas ou jurídicas, que não sejam instituições bancárias, firmam acordo entre de si, para a movimentação de crédito, não estarão celebrando contrato bancário, mas qualquer outro, nominado ou inominado. Maria Helena Diniz reforça esse entendimento:

Os contratos bancários são negócios jurídicos em que uma das partes é uma empresa autorizada a exercer atividades próprias de bancos. Assim, esses contratos, apesar de específicos do comércio bancário, poderão ser praticados por comerciantes não-banqueiros. Se efetivados sem a participação de um banco, entrarão nos seus esquemas típicos, porém só serão operações bancárias se uma das partes for um banco.<sup>53</sup>

Quem deposita confiança é o *credor* e quem se beneficia, o *devedor*. Enquanto aquele dá o seu quinhão, este promete retribuir no prazo determinado. Assim, o credor, será recompensado na operação econômica com o acréscimo de juros, por adiar o gozo e fruição de seu patrimônio, em prol do devedor, e pelos riscos assumidos da sua insolvabilidade.

Permite assim, ao devedor a utilização de capital da instituição financeira, antecipando a fruição de benefícios materiais que, pelo processo acumulativo, só adviriam no futuro.

A grande variedade de operações bancárias é disciplinada em legislação específica e submetidos a amplo controle e fiscalização do Estado, destinada a proteger os depositantes e, simultaneamente, a resguardar a política monetária, pois as atividades que desenvolvem repercutem na economia popular. A atividade bancária, as diversas operações de crédito e operações financeiras dela decorrentes dão origem a inúmeros contratos.

Nem toda operação bancária gira em torno do crédito. Há outros serviços prestados em que não ocorre a mediação do crédito, como a custódia de bens, caixas de segurança, administração, entre outros, com os quais os bancos visam a atrair a clientela e a cativá-la. Tais atividades, todavia, não constituem contratos bancários, podendo ser firmados, inclusive, por empresas de outra natureza. No mesmo sentido aponta Pontes de Miranda:

---

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 4 – 5. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573

O que caracteriza a atividade bancária é a função de intermediariedade na circulação do dinheiro. Isso não quer dizer que somente de bancos e de banqueiros seja tal atividade. Tratar-se, à parte, dos negócios jurídicos bancários só se entende *commoditatis causa*.<sup>54</sup>

Tais atividades são exercidas habitualmente, de forma profissional, no papel de intermediação de crédito. Há também o aspecto da relação de consumo, visto que a intermediação do crédito e o lucro resultante disso caracterizam a atividade empresarial.

Os contratos bancários em sua maioria são todos iguais, divergindo apenas nos espaços onde o cliente preencherá seus dados pessoais, o valor a ser emprestado, os juros e as taxas desse contrato. São poucas as pessoas que se dispõem a ler esse tipo de contrato, sendo por motivo de não compreendê-los, ou meramente por estarem necessitados para contrair um financiamento ou empréstimo. Dessa forma pondera Maria Helena Diniz sobre os contratos bancários:

Como os bancos contratam operações idênticas com um grande número de pessoas, os contratos bancários são feitos mediante formulários com cláusulas gerais e uniformes. Por isso enquadram-se no rol dos contratos por adesão, pelos quais o cliente aceitará in totum as condições avençadas pela instituição bancária, ou as recusará em sua totalidade. A padronização dos contratos bancários se deu por intervenção do Estado, por meio do Banco Central, cujas circulares e resoluções fazem com que as operações bancárias sejam praticadas de modo uniforme, pois chegam até a determinar a minuta do contrato. Assim sendo, tais formulários apresentam identidade formal, predeterminação de suas cláusulas e inflexibilidade e rigidez do seu esquema.<sup>55</sup>

Na súmula de número 297 do STJ que diz: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” Reconheceu a aplicabilidade do CDC para as instituições financeiras, inclusive este é o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese o artigo 3º, §2º do CDC e a Súmula 297 do STJ, confirmarem a submissão dos serviços de natureza bancária às regras da Lei Consumerista, a Súmula 381 entendeu que os Juízes não podem suscitar a abusividade de ofício das cláusulas abusivas inseridas nesses contratos, retirando o manto da proteção do consumidor neste aspecto.

<sup>54</sup> MIRANDA, Pontes de. Direito das obrigações: negócios jurídicos bancários e de Bolsa, corretagem. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 52). Atualizado por Bruno Miragem. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.57

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 4 – 5. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574

## 2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Demonstrada a importância dos contratos e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, necessário o desenvolvimento de uma noção preliminar sobre os conceitos e o desenvolvimento do direito do consumidor.

A relação consumerista tem por característica, via de regra, a hipossuficiência do consumidor face ao fornecedor. Dessa feita, faz-se imprescindível a consolidação de mecanismos que visem à garantia do equilíbrio entre as partes, além de possibilitar ao Estado que torne efetivo o princípio da igualdade contratual.

Nesse sentido, será estudada a importância da intervenção do Estado nas relações contratuais, tendo por base as normas do CDC, que visam à proteção jurídica do consumidor e o equilíbrio nas relações consumeristas.

A Constituição Federal determina que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, em seu art. 5º, inciso XXXII. Assim, em cumprimento a essa determinação, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que entrou em vigor em março de 1991, trazendo profundas modificações à ordem jurídica nacional, estabelecendo um conjunto sistemático de normas ligadas entre si por terem como suporte uma relação jurídica básica, caracterizada como uma relação de consumo. Tornando a defesa do consumidor um princípio geral da ordem econômica, através do art. 170, V.

A análise preliminar do dispositivo nos permite vislumbrar que a própria Carta Magna conferiu status constitucional aos direitos do consumidor, ao determinar a promoção de sua defesa, na forma da lei.

O Direito do consumidor é ramo recente do direito, porém, suas origens remontam à antiguidade. Desde as antigas civilizações já existia a preocupação com a proteção ao consumidor através da instituição de regras e legislações.

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa e dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E, nesse contexto, surgiu o Código de Defesa do Consumidor atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica, como exalta Venosa:

Esse diploma veio atender aos reclamos de proteção da contratação em massa aqui enfocada e colocou nosso país no rol das mais modernas legislações protetivas dessa negociação. Até a vigência dessa lei, os



mecanismos de proteção do contratante-consumidor, baseados na velha lei civil e no estatuto processual de inspiração clássica, mostravam-se emperrados e obsoletos, mormente na esfera dos procedimentos. A jurisprudência, salvo as honrosas exceções de sempre, não procurava fugir desse sectarismo. Até o advento desse diploma, podemos afirmar que o consumidor é pessoa desamparada perante a economia de massa e o poder econômico, público e privado. O Código de Defesa do Consumidor permitiu que se afugentasse a crise de identidade desse grande anônimo da economia moderna, mas seu personagem fundamental. Esse cliente, no mais das vezes abstrato na azáfama dos negócios, obtém definição, extensão e compreensão amplas no seu estatuto: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º).<sup>56</sup>

A construção e entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor foi um grande marco para a ordem jurídica nacional, ao regulamentar as relações de consumo e acabar com a confusão que a quantidade de leis esparsas carregava. Além disso, trouxe consigo princípios importantes que criaram as bases para a aplicação das leis, promovendo a defesa do consumidor, que, como elo mais vulnerável da relação consumerista, que não pode permanecer sem que haja uma regulamentação que estabeleça um equilíbrio mínimo entre os contratantes.

Com a pretensão de restabelecer o equilíbrio entre as partes o art. 1º do Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, acrescentando serem tais normas de ordem pública e de interesse social.

O Código de Defesa do Consumidor retirou da legislação civil, bem como de outras áreas do direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido.

Ele estabeleceu princípios gerais de proteção que passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvessem relações de consumo. Destacam-se o princípio geral da boa-fé, art. 51, IV, obrigatoriedade da proposta, art. 51, VIII, lesão nos contratos, art. 51, IV e § 1º e da onerosidade excessiva, art. 51, § 1º, III.

No campo dos contratos, foram trazidos, além de instrumentos eficazes em favor do consumidor no tocante à responsabilidade objetiva do fornecedor e possibilidade de inversão do ônus da prova carregada para o fornecedor, princípios

---

<sup>56</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.387.

de direito contratual que a doutrina tradicional já adotava, de forma que Venosa pondera que:

Os princípios tornados lei positiva pela lei de consumo devem ser aplicados, sempre que oportunos e convenientes, em todo contrato e não unicamente nas relações de consumo. Desse modo, o juiz, na aferição do caso concreto, terá sempre em mente a boa-fé dos contratantes, a abusividade de uma parte em relação à outra, a excessiva onerosidade etc., como regras gerais e cláusulas abertas de todos os contratos, pois os princípios são genéricos, mormente levando-se em conta o sentido dado pelo novo Código Civil<sup>57</sup>.

Assim, os princípios como a proteção da boa-fé objetiva, a interpretação mais favorável, a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança do pedido ou da hipossuficiência, tem pertinência com a preocupação constitucional da redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma proteção mais ampla, pois, como se constata da análise do Art. 6º, V, exige que haja apenas a onerosidade excessiva do consumidor ou a existência de prestações desproporcionais. Ainda, não se exige que o fato seja imprevisível, bastando que seja superveniente e proceda à quebra da base objetiva do negócio, ou seja, do equilíbrio intrínseco das prestações entre consumidor e fornecedor.<sup>58</sup>

A Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Código Civil de 2002 preveem a aplicação conjunta das leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, e a lei geral, como o novo diploma civil, como ressalta Tartuce:

Diante da valorização da pessoa e dos três princípios do Direito Civil Constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade em sentido amplo), não se pode olvidar que houve uma forte aproximação entre dois sistemas legislativos importantes para os contratos, sendo certo que tanto o Código Civil de 2002 quanto o Código de Defesa do Consumidor consagram uma principiologia social do contrato.<sup>59</sup>

É o sentido que direcionou os artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, e os artigos 113 e 423 do Código Civil de 2002, os quais preveem a

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 389.

<sup>58</sup> KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.93

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.97.

interpretação dos contratos de forma mais favorável ao aderente, no intuito de resguardá-lo, em caso de eventual arbitrariedade praticada pelo proponente.

O Código de Defesa do Consumidor dedicou um capítulo ao contrato de adesão, conceituando-o da seguinte forma, no art. 54: “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”.

Por sua vez, proclama o art. 47: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. A excepcionalidade decorre de previsão específica do rol dos direitos fundamentais, como disposto no art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, da Constituição Federal, sobre o artigo supracitado leciona Bruno Giancoli:

A forma de interpretação contratual das relações de consumo é prevista no art. 47 do CDC, o qual estabelece que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Trata-se de uma regra hermenêutica mais ampla do que a prevista no art. 423 do CC/2002, o qual também estabelece uma análise do contrato mais vantajosa ao aderente. No CDC, essa forma de interpretação não alcança apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, como é o caso do referido dispositivo do CC/2002, mas sim todo o conteúdo contratual, inclusive as cláusulas não expressas no instrumento, ou seja, de todo o processo obrigacional de construção do contrato, desde a oferta e publicidade até os efeitos que o contrato de consumo há de produzir, mesmo após a sua extinção. Trata-se de um efeito direto do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da aplicação imediata do princípio da boa-fé objetiva.<sup>60</sup>

O dispositivo em destaque aplica-se a todos os contratos que tenham por objeto relações de consumo e harmoniza-se com o espírito do referido diploma, que visa à proteção do hipossuficiente, isto é, do consumidor, visto que as regras que ditam tais relações são, em geral, elaboradas pelo fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor ainda avança ao dispor, no seu art. 46, que os contratos que regulam as relações de consumo deixam de ser obrigatórios se ao consumidor não for dada oportunidade de conhecer previamente o seu conteúdo, ou forem redigidos de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O novo Código Civil estabeleceu duas regras de interpretação dos contratos de adesão, que se caracterizam pelo fato de o seu conteúdo ser determinado

---

<sup>60</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012. p.162.

unilateralmente por um dos contratantes, cabendo ao outro contratante apenas aderir ou não aos seus termos.

A primeira consta do art. 423, que assim dispõe: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverse-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

A segunda regra vem expressa no art. 424 do mencionado diploma, que proclama: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

O juiz, na aferição do caso concreto, deverá ter sempre em mente a boa-fé dos contratantes, as abusividades de uma parte em relação à outra, a excessiva onerosidade, entre outros como as regras gerais e cláusulas abertas de todos os contratos.

Esse poder/obrigação do magistrado linhas gerais, não conflita com os postulados básicos do direito contratual e do direito privado, pois quando o Código de Defesa do Consumidor, considera nula cláusula contratual incompatível com a boa-fé ou com a equidade, nada mais faz do que trazer para o direito positivo dogma tradicional do direito contratual, uma vez que se pressupõe que todos os contratos devam ser interpretados segundo o princípio da boa-fé.

Reforçando ainda mais o combate às cláusulas abusivas, em três tipos de regulamentação: a aplicação pura do Código de 2002 para as relações puramente civis, a aplicação do Código de 2002 e das leis especiais comerciais nos casos de contratos entre comerciantes ou empresários, e a aplicação prioritária do Código de Defesa do Consumidor, nas relações mistas entre um civil e um empresário, isto é, entre um consumidor e um fornecedor.

(...) a legislação protetiva do consumidor, com definição e compreensão deste bastante larga, enunciada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), traz princípios ainda em ebulição e não totalmente assimilados pela doutrina e jurisprudência, fazendo-se presente permanentemente na atual relação contratual. Trata-se de consequência direta da complexidade crescente da sociedade, para a qual nem sempre os instrumentos clássicos são satisfatórios. O direito dos contratos também se apoia em tratados e convenções internacionais, a interferirem com frequência na contratação interna.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.25.

Com este entendimento foi editada a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça que proclama: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. Por sua vez, dispõe a Súmula 297 da mesma Corte: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Isto, então, implicou no aumento dos poderes do juiz ao analisar os contratos de consumo submetidos à sua apreciação, poder esse que o STJ veio, quase irremediavelmente, a enfraquecer com a Súmula nº 381, que, contrariando estes entendimentos editada no seguinte teor: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Embora restrito aos limites de eventual lide posta à sua apreciação, ao juiz é conferido o dever de intervenção básica nas relações jurídicas, de forma a garantir o equilíbrio entre as partes litigantes, em sentido totalmente contrário à súmula editada.

O contrato, sob esta concepção social, deixa de ser visto apenas como um instrumento de autorregulamentação da vontade livre. A nova teoria contratual revaloriza esta categoria através da equidade, da boa-fé objetiva e da segurança no tráfego das relações. Esses paradigmas valorativos são soluções mais abertas, os quais deixam larga margem de ação, especialmente para os juízes e a doutrina na tarefa de interpretação e adequação dos contratos à realidade social.<sup>62</sup>

O legislador teve em mira proteger especialmente os direitos correlatos que na prática comercial são comumente excluídos por cláusulas-padrão, como a de não reparação pelos danos decorrentes de defeitos da coisa ou pela má prestação de serviços, não indenização de vícios redibitórios, evicção, entre outros.

No plano jurídico essa vulnerabilidade se vale dos chamados contratos de massa, que primam pela complexidade, tecnicidade e falta de transparência. Este modelo de avença contratual dificulta a livre e consciente manifestação volitiva do consumidor. Cabe assim ao legislador, bem como ao julgador, traçar os limites dessa imposição de cláusulas, tendo em vista a posição do aderente como parte mais vulnerável nestes contratos.

---

<sup>62</sup> GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012. p.160.

Assim, no atual contexto social, a magistratura brasileira deve se empenhar em intervir concretamente nas relações em que estão em jogo direitos conferidos a segmentos sociais mais vulneráveis, como é o caso dos consumidores, com o fim de realizar efetivamente a justiça social.

## **2.1 Elementos da relação de consumo**

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 à própria Constituição Federal.

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.

Para um entendimento mais proveitoso da aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é necessária uma definição de quem são os consumidores e os fornecedores e os produtos e serviços nas relações de consumo.

### **2.1.2 O consumidor**

O consumidor inicialmente foi identificado na Constituição Federal, no art. 48 do ADCT, como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.

Já no CDC ele é definido, no caput do art. 2º, como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Sobre a definição do artigo pondera Ragazzi:

Os conceitos de consumidor apresentados no caput e no parágrafo único do artigo 2º não são os únicos que o legislador apresentou, por nos artigos 17 e 29 também cuidou de apresentar conceitos, equiparando aos consumidores outras pessoas, que não aquelas que adquiram, diretamente, o produto ou serviço.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.32.

Essa definição pode ser estendida por equiparação, à coletividade, o art. 2.º, parágrafo único, do CDC equipara consumidor à "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo", à vítima de acidente de consumo, conforme prevê o art. 17, do CDC que à equipara a consumidores de todas as vítimas do evento e a todas as pessoas expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual, conforme regra do art. 29 do CDC.

Filomeno diz que é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de determinados bens e serviços, mas enquanto pertencente a uma determinada categoria ou classe social, uma vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio poder aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade.<sup>64</sup>

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.

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.

Como exemplo dessas extensões é o caso de veiculação de publicidade enganosa. Neste caso não é necessário que o consumidor adquira o produto ou serviço, ou ainda que tenha danos efetivos, bastando, somente, que haja a veiculação da publicidade enganosa para a configuração da relação de consumo e a consequente aplicação das penalidades previstas.

As principais características do consumidor são a de destinatário fático ou económico na aquisição de um produto ou serviço, como adquirente para suprimento de suas necessidades e não para desenvolvimento de outra atividade comercial, sem relação de profissionalidade, e vulnerabilidade em sentido amplo, que pode ser técnica, jurídica, científica, socioeconómica e psíquica), reconhecido como a parte mais fraca da relação de consumo.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

---

<sup>64</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24

A legislação civil sobre contratos pressupõe a existência de partes livres e iguais que transigem sobre os respectivos interesses, com pleno domínio da vontade. [...] A este cenário corresponde a normas civis e empresariais. A realidade das relações de consumo, no entanto, é bem diferente. O consumidor não contrata se quiser e como quiser, mas se vê muitas vezes obrigado a contratar bens e serviços essenciais, de um ou poucos fornecedores e sem a menor possibilidade de discutir os termos da negociação.<sup>65</sup>

Desta forma a pessoa jurídica pode invocar a proteção da legislação consumerista desde que destinatária final do bem, adquirindo um bem de consumo, fora de sua área de atuação.

Isso quer dizer que o CDC não protege a pessoa jurídica quando adquire bens de capital e na hipótese de que tenham sido contratados para satisfazer uma necessidade legal ou da natureza do negócio. Assim a pessoa jurídica será tratada como consumidora apenas quando fizer uso de um determinado produto ou serviço sem explorá-lo por meio de uma atividade econômica.

Luiz Otavio Amaral elenca alguns motivos pelos quais o consumidor é, de fato, o polo mais fraco de uma relação consumerista:

Ele não detém as informações acerca do produto ou serviço que adquire, não conhece as implicações econômico-financeiras nem as técnico-jurídicas de um contrato e está exposto à ação da publicidade enganosa e abusiva, não tem como repassar eventuais prejuízos, pois é o elo final da cadeia. Por tudo isso é de presumir a vulnerabilidade do consumidor, assim ele não carece provar essa debilidade posto que atributo natural e universal dele.<sup>66</sup>

O Estado deve disponibilizar meios eficazes, capazes de proteger o consumidor nas relações econômicas. Ou seja, a intervenção do Estado na pacificação de conflitos decorrentes da relação de consumo é indispensável na medida em que houver a necessidade de se proteger o lado mais fraco da relação de consumo.

### **2.1.3 O fornecedor**

A definição de fornecedor é localizada no art. 3º, caput, do CDC, que estabelece que pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito de comercial: direito de empresa. v.1 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.100.

<sup>66</sup> AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.



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.

Por fornecedor deve-se entender qualquer participante de um ciclo produtivo de uma cadeia econômica de consumo, como definido por Ragazzi em sua obra:

O caput deste artigo conceituou o fornecedor, considerando-o como qualquer pessoa, física ou jurídica, com ou sem personalidade jurídica, “que de qualquer forma atuem no mercado de consumo, desenvolvendo atividades que vão da produção à comercialização final do produto ou serviço.”<sup>67</sup>

São caracterizados por sua habitualidade, que se entende como o exercício contínuo de determinado serviço ou fornecimento de produto, com o objetivo de lucro.

Com efeito, “qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça atividade de fornecimento de produtos e serviços, no mercado de consumo, habitual ou profissionalmente.”<sup>68</sup>

Para a condição de fornecedor não basta que coloque no mercado produtos e serviços, mas sim que o faça por meio de uma atividade rotineira. É, portanto, o sujeito que exerce profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. Assim o conceito de fornecedor é mais amplo do que o conceito de empresário.

Leonardo Roscoé Bessa complementa destacando que o Código de Defesa do Consumidor não exige, para configuração do fornecedor, a atuação no mercado visando o lucro. Basta, para tanto, que a atividade exercida seja remunerada, independente do destino desta.<sup>69</sup>

O poder público também pode ostentar a condição de fornecedor de serviço toda vez que, por si ou por seus concessionários, atuar no mercado de consumo, prestando serviço mediante cobrança de preço, ou seja, diferente do que ocorre no conceito de consumidor, seu conceito jurídico é bastante amplo, abarcando qualquer

---

<sup>67</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.43.

<sup>68</sup> LISBOA, Roberto Senise. A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 12

<sup>69</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 82.

sujeito, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira e em qualquer atividade.<sup>70</sup>

#### 2.1.4 O produto

O produto é definido no § 1º do art. 3º do CDC, que estabelece que pode ser qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Produtos são bens económicos introduzidos pelo fornecedor no mercado. Esses produtos devem resultar de um processo de produção ou fabricação, resultante de atividade empresarial de transformação económica. Podem ser bens do setor primário, como os de natureza agrícola ou mineral, como após transformação, por intervenção do trabalho humano ou mecânico. Assim como a definição dada por Ragazzi:

Neste íterim, tem-se que “qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica”, ao passo que no que se refere aos “bens do setor primário, tal como são os de natureza agrícola, entende-se que serão incluídos sob a esfera do Código de Defesa do Consumidor, desde que tenham sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico.”<sup>71</sup>

Se tratando de bem adquirido ou utilizado que não se inclui na atividade finalística do fornecedor, não há relação de consumo, e, portanto, não se converte em produto.

O art. 26 do CDC faz a distinção entre os produtos duráveis e não duráveis em virtude do prazo decadencial para o exercício do direito de reclamação por vícios.

Os duráveis são os bens tangíveis que não se extinguem após o seu uso, feitos para serem utilizados de forma reiterada. Os produtos não duráveis são aqueles tangíveis que desaparecem, se destroem, acabam com o seu uso.

---

<sup>70</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.43.

<sup>71</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.47.

Assim, para fins de tutela pela legislação consumerista, qualquer objeto suscetível de valoração econômica e que tenha a finalidade de atender as necessidades do consumidor será produto.<sup>72</sup>

### 2.1.5 O serviço

O conceito de serviço se encontra no § 2º do art. 3º do CDC, definido como toda atividade desenvolvida em favor do consumidor, prestados mediante remuneração. A prestação de serviço deve assim consistir numa atividade e não num ato isolado no mercado.

Assim conceitua José Luiz Ragazzi:

Por fim, em virtude do mercado de consumo não se resumir exclusivamente ao fornecimento de produtos, o legislador estabeleceu, ainda no artigo 3º, em seu §2º, o conceito de “serviço”, como sendo “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.”<sup>73</sup>

O serviço pode ter natureza material, financeira ou intelectual, prestada por entidade pública ou privada, remunerados direta ou indiretamente, como assevera Ragazzi:

Neste ponto, “o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como uma utilidade usufruída pelo consumidor e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer) (...)”<sup>74</sup>

A remuneração pode ser de forma direta ou indireta, uma vez que, nenhuma atividade é gratuita, embora as vezes assim aparente. O custo do produto ou do serviço muitas vezes pode estar embutido em outros pagamentos realizados pelo consumidor, como o custo de estacionamento e outros serviços de instalação ou montagem, por exemplo, que mesmo quando intitulados gratuitos, ainda assim são indiretamente remunerados pelos consumidores no preço final dos produtos e serviços.

<sup>72</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.48

<sup>73</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.48.

<sup>74</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.48.

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

As atividades bancárias, com a prestação de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários financeiros, estão também inclusas no rol dos serviços, como pondera Ragazzi:

Ainda no parágrafo 2º, do artigo 3º, percebe-se uma precaução do legislador, ao inserir expressamente que também os serviços “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” estão enquadrados no conceito de serviço para fins de tutela consumerista.<sup>75</sup>

O objetivo foi de proteger uma das principais relações jurídicas de consumo no mercado atual, a de crédito.

Quando o Código do Consumidor foi editado muito se questionou acerca da incidência de suas normas nos contratos de origem bancária.

Em síntese, as instituições financeiras estão submetidas ao CDC, exceto no que diz respeito à definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas pelas mesmas instituições, e que o consumidor é o destinatário final das atividades bancárias, financeiras e de crédito.

Tratando, agora, das relações de consumo, tem-se que tal terminologia é bem moderna no Direito, decorrendo dos novos entendimentos acerca das relações entre os fornecedores e consumidores e de como se pode entender quais sejam as pessoas qualificadas como consumidores. Para que seja configurada a relação de consumo é necessária a presença das partes características desse tipo de relação: Consumidores e Fornecedores ou Produtores. E, também, que o objeto seja enquadrado como típico de uma relação de consumo, isto é, um produto ou um serviço na forma tipificada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.<sup>76</sup>

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.

---

<sup>75</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.52.

<sup>76</sup> SCHONBLUM, Paulo Maximilian Mendlowicz. Contratos Bancários, 4ª edição. Forense, 08/2015. p.52

Porém 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 e de crédito.

Sobre a polêmica ressalta José Luiz Ragazzi:

Neste aspecto, é importante ressaltar que “não há privilégios para os fornecedores de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários, aos quais o CDC, e outras leis ordinárias de conduta, como o CC/2002, e Lei de Locações e outra não se aplique!”. O legislador, ao especificar de forma expressa estas modalidades de serviços foi redundante em virtude de prevê, de antemão, que as instituições financeiras em geral pretenderiam se esquivar à sujeição da legislação consumerista.<sup>77</sup>

Passados 25 anos da edição do código consumerista, não mais se tem lugar para a discussão, sendo tranquila a jurisprudência tanto dos Tribunais Estaduais quanto do Superior Tribunal de Justiça, que nesse sentido, em 12.05.2004, aprovou a Súmula n. 297 do seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”<sup>78</sup>

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

## 2.2 Princípios do direito do consumidor na constituição

Em consonância com a Constituição (art. 48 do ADCT), editou-se a Lei 8.078/1990 que dispõe em seu bojo, já no art. 1º, que as normas de proteção e defesa do consumidor são 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.

A defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, conforme o art. 5º, XXXII, da CF, é um exemplo da vinculação entre particulares de direitos fundamentais (Virgílio Afonso da Silva) ou de efeito entre particulares de direitos fundamentais (Claus Wilhelm Canaris), porquanto em uma relação entre dois particulares, sem a interferência do Estado, devem ser observadas as normas de ordem pública e interesse social previstas no Código de Defesa do Consumidor, como a relativização da

<sup>77</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.52.

<sup>78</sup> SCHONBLUM, Paulo Maximilian Mendlowicz. Contratos Bancários, 4ª edição. Forense, 08/2015.. p.52

autonomia da vontade, fulminando como nulas de pleno direito cláusulas abusivas.<sup>79</sup>

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, devendo, todavia, estar em conformidade com a Constituição Federal.

Em escorreita conceituação, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua sobre os princípios:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível e seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>80</sup>

Já para Humberto Ávila

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>81</sup>

Por derradeiro, Luis Roberto Barroso<sup>82</sup> destaca que os princípios são, notadamente os princípios constitucionais, a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico.

A proteção ao consumidor, conforme é cediço, decorre de previsão constitucional. Corolário disso, o CDC instituiu normas de ordem pública e interesse social, nos termos em que enuncia em seu art. 1º:

<sup>79</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor/vol. 2. Abr, 2011 p. 149.

<sup>80</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2013, p. 794.

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.

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

Nesse ponto é preciso distinguir os princípios das cláusulas gerais. Os primeiros podem ser considerados como normas, expressas ou não, que servirão de fundamento para outra. As segundas serão sempre expressas, podendo até mesmo expressar um princípio, mas diante de seu caráter vago, ou seja, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, exigem do intérprete uma atuação especial, sendo sua função principal, permitir ao intérprete a criação de normas jurídicas com alcance geral.<sup>83</sup>

A Constituição traz em seu texto as principais regras do ordenamento jurídico da sociedade, que devem ser observadas e respeitadas por todos, inclusive pelo legislador infraconstitucional.

A Constituição Federal, em seu art. 170, V, do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, ao traçar os princípios gerais da atividade econômica, também instituiu, como princípio, a defesa do consumidor, proporcionando a este certa segurança.

Segundo Paulo Bonavides<sup>84</sup> as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Aliás, sobre a defesa dos consumidores, em face do tratamento constitucional dado ao tema José Afonso da Silva arremeta acerca do supracitado dispositivo constitucional:

Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser (org); RIBEIRO, Maria de Fátima (org). Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte e Ciência, 2007, p.34

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264.

<sup>85</sup> Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo; 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.262.

Tais normas devem ser interpretadas a partir de princípios, que servem como guia na aplicação das normas constitucionais e guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.

O direito do consumidor deve ser analisado a partir da lei máxima do ordenamento, que ditará as diretrizes à aplicação e criação deste ramo do direito e os princípios aplicáveis à 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, e por fim o art. 170, V.

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;<sup>86</sup>

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: [...] V - defesa do consumidor;<sup>87</sup>

O legislador constitucional deixou expressa, nessas disposições, sua intenção de que a necessidade de uma efetiva defesa do consumidor não fosse apenas uma diretriz da ordem econômica e social, mas que fosse elevada ao patamar de

---

86 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.

87 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.



princípio constitucional integrante dos direitos e garantias individuais do cidadão brasileiro.

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.”

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.

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. Ou seja, poderá haver discriminação das pessoas quando algumas apresentarem desigualdades em relação a outras. Como, por exemplo, atendimento privilegiado para idosos e gestantes.

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.

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.

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.

Nos termos da lição de Luis Roberto Barroso<sup>88</sup>, a colisão entre princípios constitucionais se origina do pluralismo, diversidade de valores e de interesses das sociedades modernas açambarcados no texto da Constituição, que, eventualmente, entram em choque.

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.

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 Princípios e direitos básicos do consumidor**

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.

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.

A boa-fé 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.

---

<sup>88</sup> BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329

Neste diapasão, encontra-se no CDC diversas presunções legais, visando assegurar o equilíbrio entre as partes.

Cristiano Chaves de Faria coloca a boa-fé como pressuposto das relações contratuais:

Essa vontade racional e ponderada só será alcançada se o conteúdo dos contratos não mais se reduzir às imposições subjetivas do fornecedor, atendendo objetivamente aos ditames da boa-fé objetiva e a os deveres anexos dela decorrentes.<sup>89</sup>

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.

A proporcionalidade é o princípio através do qual se dá efetividade aos direitos fundamentais, já que sua utilização permite a indispensável ponderação de valores para coexistência dos princípios constitucionais, normas essas em que, no seu modo de ver, estão albergados os referidos direitos. Trata-se, sem dúvida, de encontrar uma solução consiste em se dar mais valor à aplicação de certo princípio em detrimento de outro, sem que esse último fique comprometido, e sem que se deva necessariamente repetir a operação no futuro.<sup>90</sup>

Os direitos fundamentais e universais do consumidor são: 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:

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

---

<sup>89</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito dos Contratos/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.84

<sup>90</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 337.

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.

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.

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.

Apesar do direito ao meio ambiente saudável não ter sido diretamente reproduzido pelo CDC, é direito assegurado a toda população brasileira, expresso no art. 225, da CF/88, 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.

Ainda, pode-se juntar a lista o direito de acesso à 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,<sup>17</sup> sendo um dos mecanismos previstos para que haja a facilitação de defesa do consumidor, além da inversão do ônus da prova.

#### **2.4 Revisão dos contratos no CDC**

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.

Em respeito ao assunto, Luiz Otávio de Oliveira Amaral leciona que:

Normas jurídicas de ordem pública traduzem um mínimo de exigência considerado essencial para uma vida social ética e conveniente. Já norma jurídica de interesse social significa regras cuja incidência atinge a todos os membros da sociedade, do grupo social, de modo direto/pessoal (ainda que não isoladamente, porque difuso) e positivo/efetivo (afeta a todos ainda que só no aspecto íntimo). Assim, a violação das normas do CDC atinge a cada um e a todos os consumidores difusamente e, individualmente ao lesado in concreto.<sup>91</sup>

O microsistema de defesa do consumidor versa sobre as cláusulas contratuais abusivas de forma extremamente protetiva ao dispor que são nulas de pleno direito. É certo, pois, que a intenção do legislador, ao elaborar a referida lei, não foi a de seguir os parâmetros dualistas previstos no Código Civil, em que há dois tipos de nulidades, as absolutas e as relativas.

---

<sup>91</sup> AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

Da simples leitura do artigo 51, caput, do Código de Defesa do Consumidor, resta claro que o legislador faz referência à nulidade absoluta, de modo que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. Isso porque esse tipo de cláusula já nasce com um vício insanável, não havendo nenhuma possibilidade de se tornar válida, ainda que inserida em um contrato.

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, 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.

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.

Cristiano Chaves de Faria pondera sobre o assunto:

Não é difícil compreender a opção empreendida pelo CDC. Na formação das relações contratuais de consumo, é necessário corrigir previamente as profundas desigualdades materiais entre as partes, a fim de se alcançar uma real autonomia da vontade àquele que é submetido por pressões e métodos publicitários à efetivação do contrato.<sup>92</sup>

Assim, 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.

Assim, justamente por não surtirem nenhum tipo de efeito, a nulidade de cláusulas abusivas pode ser arguida em qualquer momento, mesmo sem a provocação prévia da parte interessada.

Nesse sentido, também, é o entendimento adotado pelos autores do anteprojeto da lei consumerista, que assim lecionam:

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

---

<sup>92</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito dos Contratos*/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.250

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. O reconhecimento ex officio do vício acarreta a nulificação da cláusula. Por ter sido declarada nula, a cláusula não pode ter eficácia.<sup>93</sup>

Referida proteção contratual se mostra relevante, devido ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, mas não significa um direito ao consumidor para descumprir o pactuado e causar insegurança nas relações comerciais, pois, como leciona Humberto Theodoro Júnior:

Em todas essas hipóteses, o objetivo do legislador não foi o de fragilizar ou inutilizar o instituto do contrato, tornando-o simplesmente rompível unilateralmente pelo consumidor. Em nome do princípio da boa-fé o que se visou, antes de tudo, foi aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo eqüitativo, seja por reequacionamento das prestações seja por eliminação das cláusulas abusivas.<sup>94</sup>

Tal garantia visa a proteção ao consumidor contratante, que é a parte mais vulnerável da relação de consumo, reconhecendo, assim, a política nacional que rege esse tipo de relação, nos termos do estabelecido no Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>93</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. 10ª ed. revista, atualizada e reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108); p. 573 e 574.

<sup>94</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do consumidor. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.26.

### 3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Em que pese o contrato nascer do acordo de duas ou mais vontades que, atendendo aos limites impostos pela lei, vão estabelecer suas cláusulas que deverão ser cumpridas nos seus exatos termos, nos contratos de consumo, a principal característica é a predeterminação de suas cláusulas por uma das partes, qual seja, o fornecedor.

No regime anterior ao CDC prevalecia a vontade do fornecedor sobre a do consumidor. Desse desequilíbrio contratual em favor da parte mais forte — o fornecedor — decorriam abusos e lesões à parte vulnerável — o consumidor, que, por anos a fio, não dispunha de proteção legislativa adequada. Como se sabe, era forçado a cumprir o contrato até o final, em razão do princípio *pacta sunt servanda*, não tendo base legal para pleitear revisão do contrato, pois não estavam tipificadas e sancionadas em lei as hoje chamadas cláusulas abusivas. Além disso, não havia garantia legal e não estava regulamentada a garantia contratual, que era outorgada (ou não) ao sabor do mercado.<sup>95</sup>

Essa predeterminação de cláusulas coloca o consumidor na posição de não ter a faculdade de discuti-las antes de aderir ao contrato, podendo assim uma situação que gere uma vantagem excessiva ao fornecedor e uma onerosidade ao consumidor e tais situações consideradas cláusulas abusivas.

O Art. 51 é norma específica que traz lista exemplificativa sobre cláusulas abusivas, incluída sistematicamente na Seção II do Capítulo VI sobre a proteção contratual do CDC; logo, regula cláusulas abusivas em contratos de adesão e contratos individuais ou paritários entre consumidor (art. 2.º; art. 29 c/c art. 4.º, I, do CDC) e fornecedor (art. 3.º do CDC).<sup>96</sup>

O Código Civil também traz algumas normas sobre as cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão, ressaltando-se que essas cláusulas podem estar presentes em quaisquer espécies de contratos. Ora, se até mesmo a legislação civil que trata de relações, regra geral, estabelecidas entre partes em posição de igualdade, com muito mais razão a proteção contra essas cláusulas abusivas virem previstas no CDC, haja vista o exposto reconhecimento da

---

<sup>95</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.109.

<sup>96</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.752.



vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, necessitando de especial tutela para o restabelecimento equilíbrio contratual.<sup>97</sup>

A cláusula abusiva é reflexo do desenvolvimento acentuado da sociedade de consumo com o aumento da utilização dos contratos de massa ou de adesão. Anteriormente conhecidas sob a denominação de “cláusulas leoninas”, são aquelas que tornem a prestação para o consumidor excessivamente onerosas, vexatória ou opressivas, como apontado por Cláudia Lima Marques:

A doutrina brasileira prefere recorrer a comparações com as tradicionalmente conhecidas e combatidas cláusulas ou condições ilícitas, potestativas e leoninas, para explicar o atual combate às cláusulas abusivas.<sup>98</sup>

Segundo a autora as proibições legais referentes às cláusulas leoninas representam uma primeira tentativa de combate a cláusulas consideradas "abusivas", combatidas por ferirem a ordem pública, os bons costumes e por privarem de todo efeito o ato ou sujeitá-lo ao arbítrio de uma das partes. O arbítrio e a unilateralidade excessiva na fixação de elementos essenciais do contrato detectados nas cláusulas leoninas são características comuns às cláusulas abusivas.<sup>99</sup>

A cláusula abusiva se caracteriza pelo aproveitamento do fornecedor de seu dominante poder contratual para exonerar ou limitar suas responsabilidades, atenuar obrigações, agravar ônus e deveres do aderente, estabelecer prazos injustos, inverter o ônus da prova e outras proficuidades, desequilibrando, assim, em seu favor, o regulamento contratual.

Em virtude da unilateralidade na criação destes contratos, reiteradamente é promovida a inclusão de cláusulas desfavoráveis ao consumidor, parte mais fraca da relação de consumo.

Estas cláusulas surgem do exercício abusivo do direito de contratar, evidenciado ainda mais nos contratos de adesão e estão atreladas ao momento da

---

<sup>97</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p.898.

<sup>98</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.696

<sup>99</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.696

celebração do contrato, muito embora seus efeitos só possam ser conhecidos quando da sua execução.

A inserção no CDC de norma reguladora das cláusulas abusivas foi uma solução encontrada pelo legislador para o controle do abuso praticado por fornecedores, que utilizavam em seus contratos cláusulas incompatíveis com o princípio contratual da boa-fé objetiva, afetando, por conseguinte, o equilíbrio contratual e as expectativas legítimas dos consumidores de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*. A nova Lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual.<sup>100</sup>

O artigo 51 do CDC enumera de forma exemplificativa as cláusulas consideradas abusivas que, quando presentes nos contratos, serão nulas de pleno direito, mesmo com o consumidor concordando com o conteúdo. O rol elencado neste artigo não é taxativo, mas apenas exemplificativo.

As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da "vontade", das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.<sup>101</sup>

Em razão da boa-fé objetiva, a abusividade das cláusulas não é aferida subjetivamente, ou seja, não se infere se o fornecedor, ao estipular as cláusulas contratuais, tinha o conhecimento de que eram abusivas frente ao Código Consumerista.

É no art. 51 do CDC que estão dispostas, de forma meramente, exemplificativas, as hipóteses de cláusulas contratuais abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços. Assim, de acordo com o dispositivo, são hipóteses de cláusulas nulas de pleno direito, devendo, por conseguinte, ser conhecidas de ofício pelo julgador, como explica Ragazzi:

---

<sup>100</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.693

<sup>101</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.693

Ao utilizar a expressão, cláusula “nula de pleno direito”, pode se afirmar que se trata de cláusula contratual que “não é apta a gerar efeitos, podendo ser declarada inválida a qualquer tempo e grau de jurisdição, tratando-se, assim, de nulidade que independe de declaração judicial, exercendo o juiz atividade de mero acerto.”<sup>102</sup>

A nulidade das cláusulas abusivas tanto poderá ocorrer nos contratos de adesão como nos contratos de comum acordo, uma vez que a norma abrange toda e qualquer relação de consumo.

Nos contratos de adesão é que se verifica a maior incidência das cláusulas abusivas, tendo em vista a impossibilidade de o aderente rejeitar as condições impostas pelo proponente, normalmente, detentor de poder econômico.

Esses contratos de adesão traduzem uma manifestação jurídica da moderna vida econômica e social, uma vez que a padronização de cláusulas e simplificação na contratação possibilita a intensificação dos negócios.

Porém, as cláusulas abusivas não podem ser confundidas com os contratos de adesão. Existem contratos de adesão sem cláusulas abusivas, assim como podem existir cláusulas abusivas em contratos que não sejam de adesão, ou seja, não quer dizer que só porque o contrato foi preestabelecido por apenas umas das partes que conterá obrigatoriamente cláusulas abusivas.

Não se confundem também com cláusulas ilícitas, que tenham objeto ilícito, cujo motivo determinante seja ilícito, ou, ainda, que tenha por objetivo fraudar lei imperativa e, em geral, quando a lei proibir-lhe a prática, ou, ainda, quando ofenderem qualquer princípio de ordem pública, uma vez que, mesmo sendo lícitas, caso provoquem desequilíbrio no contrato e vantagem para apenas um contratante, serão ainda assim abusivas, como afirma Cláudia Lima Marques:

Serão as cláusulas abusivas simplesmente novos tipos de cláusulas ilícitas? O ato ilícito é aquele desconforme ao direito, que provoca uma reação negativa do ordenamento jurídico, que viola direito ou causa prejuízo a terceiro (dano), fazendo nascer a correspondente obrigação de reparar (responsabilidade).

Já o abuso pressupõe a existência do direito, logo, a atividade inicial é lícita, pois aquele que usa seu direito não prejudica (em princípio) aos outros (*nemunem laedit qui suo jure utitur*).

O abuso do 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 presente o prejuízo (dano) causado a outrem pela atividade (ato antijurídico) do titular do direito (nexo causai), a sua hipótese de incidência é

<sup>102</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.222.

diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este, sim, ilícito.<sup>103</sup>

O Código civil, nos artigos 423 e 424, prevê a proteção para essa forma de contratação com a interpretação mais favorável ao aderente quando as cláusulas forem ambíguas ou contraditórias e sob pena de nulidade, quando as cláusulas estipularem renúncia antecipada a direito resultante do negócio.

São as estipulações que desequilibram a relação entre direitos e obrigações, assumidos pelas partes, de forma que a boa-fé, base de todos os negócios jurídicos, seja violada.

Essa é a razão pela qual a tutela do consumidor, pelo Estado, é condição básica para o equilíbrio das relações contratuais, já que o artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor declara e reconhece, expressamente, a vulnerabilidade do contratante “fraco”, na relação de consumo.

Dessa forma, o reconhecimento da vulnerabilidade está diretamente ligado à constatação de que os contratos se realizam por necessidade e independentemente da situação financeira e econômica do consumidor, o mesmo aceita as condições impostas para a realização do negócio, em razão de uma necessidade, que pode ser até mesmo vital, por determinado produto ou serviço.

Esta fragilidade não está adstrita à sua condição financeira, mas sim à sua inexperiência, ou até mesmo impotência, diante do absoluto domínio e conhecimento, que se presume do fornecedor, em relação ao produto ou serviço ofertado, no mercado ao consumidor.

Nessa perspectiva, a liberdade contratual não pode ser ilimitada, o que, certamente, vem a favorecer a prática de abusos, exageros e exploração do mais fraco pelo mais forte, que buscará, sempre, através do contrato, obter vantagens que, socialmente, não podem ser aceitas.

Em suma, a incidência das cláusulas abusivas resulta no desequilíbrio do contrato, e, os principais fatores responsáveis pelo seu surgimento são a obrigatoriedade de contratar em razão da necessidade de aquisição de

---

<sup>103</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.695

determinados bens ou serviços e a falta de conhecimento ou inexperiência do contratante vulnerável.

Por essa razão são abusivas todas as cláusulas que, de alguma forma, ofendam os princípios contratuais e os princípios constitucionais, já que esses estão refletidos em todo o ordenamento jurídico.

Portanto, nas relações de consumo, não há como permitir que a liberdade contratual seja absoluta, pois, além do poder econômico, pode ocorrer que o contratante forte seja o detentor do monopólio de um serviço considerado essencial.

No intuito de proteger a categoria vulnerável, o consumidor, o legislador privilegiou valores superiores ao dogma da autonomia da vontade, como a boa-fé objetiva e a justiça contratual, permitindo que o Poder Judiciário tenha condições de aferir, objetivamente, quando estará ocorrendo um desequilíbrio entre as partes, possibilitando, assim, um efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo.

A proteção jurídica destinada ao consumidor é imensamente maior do que aquela destinada ao contratante, nos negócios jurídicos regidos pelo Código Civil, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor confere maior poder ao juiz, que poderá valer-se dos critérios de equidade e os bens tutelados por esse diploma já nasceram marcados pelo interesse público, enquanto que, no Código Civil, essa possibilidade é permitida apenas nas situações expressamente previstas na lei.

O conteúdo do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor limita a vontade do fornecedor, que fica impedido da prática de cláusulas consideradas abusivas, pois sua utilização resultará em nulidade do negócio e defende o interesse do consumidor, também através da limitação da sua vontade, pois, mesmo que pretenda concordar livremente com uma cláusula abusiva, a consequência ainda sim será a declaração de nulidade.

As normas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes.<sup>104</sup>

Assim a vontade dos contratantes não prevalecerá diante daquilo que o legislador considerou abusivo, podendo ocorrer, tanto a declaração de nulidade de alguma cláusula, como de todo o contrato.

---

<sup>104</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.752

Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da "vontade", das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.<sup>105</sup>

Em razão de sua relevância social, determina-se que, sempre que possível, seja preservado o contrato de consumo, prevendo a legislação que, nos casos em que for declarada a existência de cláusula abusiva, possa ocorrer a revisão do contrato.

Assim, mesmo diante da cláusula abusiva, que impõe nulidade, é possível, através da análise do contexto contratual, e aqui entendemos ser cristalina a presença da cláusula geral da função social do contrato, o restabelecimento do conteúdo do contrato, sem a permanência da cláusula abusiva.

### 3.1 Rol exemplificativo das cláusulas abusivas

O art. 51 não exaure o rol das cláusulas contratuais abusivas. A enumeração não se faz *numerus clausus*, mas é meramente exemplificativa. O próprio dispositivo admite a possibilidade da existência de outras cláusulas ao empregar a expressão “entre outras”.<sup>106</sup>

Segundo Cláudia Lima Marques, a jurisprudência brasileira identificou os seguintes tipos de cláusulas abusivas:

- 1) cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual (entre elas as exoneratórias de responsabilidade contratual e extracontratual, as cláusulas de indenização tarifada ou limitada, as cláusulas de limitação da obrigação em contratos envolvendo saúde, a chamada cláusula de decaimento e as cláusulas penais clássicas);
- 2) as cláusulas influenciando o acesso à justiça (entre elas a cláusula de eleição do foro, de arbitragem e sobre o ônus da prova);
- 3) as cláusulas-mandato (tradicionais e novas ou com função semelhante, como a de retirada automática de valores das contas correntes), exceção parece estar sendo feita a cláusula mandato em cartões de crédito;
- 4) as cláusulas de declarações fictas, de informação, de consenso ou de entrega ficta (como as de considerar os extratos como corretos para permitir a cobrança pelos fornecedores e como informações que devem despertar a confiança dos consumidores);
- 5) as cláusulas atípicas de remuneração (entre elas a de remuneração variável ou repetida, cláusulas de imposição de índices unilaterais de reajuste ou de imposição de juros acima do limite constitucional);

<sup>105</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.693

<sup>106</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.110.

6) cláusulas de liberação do vínculo (entre elas cláusulas de resolução, rescisão, denúncia, renovação em curto prazo, distrato forçado em contratos de longa duração);

7) as cláusulas-barreira (como a de exames custosos ou dolorosos para retirar a autorização da cirurgia, a de reabertura de carências etc.).<sup>107</sup>

Assim, em qualquer situação de fato, mesmo que não se encontre nas hipóteses arroladas, verificada a existência de desequilíbrio ou abuso entre as partes, o juiz poderá reconhecer e declarar a abusividade da cláusula.<sup>108</sup>

Destaca-se, para melhor tentar ilustrar de forma mais objetiva o rol das cláusulas abusivas elencadas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor:

### 3.1.1 Impossibilidade de exoneração de responsabilidade

O inciso do I do artigo 51 prescreve que o fornecedor não poderá inserir em contrato cláusula que o isente do dever de indenizar ou mesmo que atenua a responsabilidade. Assim leciona Cláudia Lima Marques sobre este inciso:

Entre as cláusulas de exclusão da responsabilidade, a doutrina identificou mais de 15 tipos: a conhecida cláusula de não-indenizar (que prevê a renúncia a todas as consequências do descumprimento), a cláusula de irresponsabilidade do fornecedor por atos próprios ou de terceiros, a cláusula extintiva do dever de prestar, a convenção impositiva de seguro a cargo do consumidor, a cláusula de substituição do dever de indenizar pecuniariamente pelo dever de indenizar em espécie, cláusulas que atestam a qualidade da prestação, e as cláusulas afastadoras de alguns fundamentos da responsabilidade do fornecedor, como a cláusula exoneratória da responsabilidade por atos de terceiros, a negligence clause, a cláusula exoneratória da responsabilidade por culpa ou culpa leve, as cláusulas esta belecendo os "casos de força maior assimilados" e as presunções de "casos fortuitos" para aquele tipo de relação, as cláusulas sobre outras circunstâncias liberatórias, a exoneração da responsabilidade por mora, exoneração por cumprimento defeituoso, exoneração da responsabilidade por referência aos danos, a insurance clause. Muitas destas cláusulas são expressamente contrárias a normas do CDC e, portanto, abusivas (ilícitas, se preferirem) e devem ter sua nulidade absoluta declarada pelo Judiciário ex officio.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.693

<sup>108</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.224.

<sup>109</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.698

São as chamadas cláusulas de irresponsabilidade que, quando inseridas em contratos, são consideradas nulas de pleno direito, como se não existissem, ou seja, não terão nenhuma eficácia perante o consumidor.

A não vedação conduziria à irresponsabilidade do fornecedor e à total desproteção do consumidor, que não encontraria meios de ressarcir-se.<sup>110</sup>

Logo o dever de indenizar não pode ser afastado por cláusula contratual, já que trata-se de uma consequência lógica da força e hierarquia das normas do CDC, que são de ordem pública e indisponíveis.

### **3.1.2 Impedimento de reembolso**

Em seu inciso II o artigo 51 veda cláusulas que vedem a possibilidade de reembolso de quantia já paga.

Em vários momentos, o CDC previu a possibilidade de o consumidor ser reembolsado, como, por exemplo, o direito de arrependimento.

Exercido tal direito, o consumidor terá direito de ser reembolsado dos valores eventualmente pagos monetariamente atualizados. Assim, a cláusula contratual que subtrair o direito ao reembolso será considerada nula.

Cláusula desse tipo ofende o arcabouço protetivo idealizado pelo legislador e limita indevidamente o leque de opções outorgado ao consumidor.<sup>111</sup>

### **3.1.3 Transferência de responsabilidade a terceiros**

No inciso III o artigo 51 proíbe a transferência de responsabilidades a terceiros, uma vez que a responsabilidade do fornecedor provém da lei e não pode ele, por meio de cláusula contratual, procurar se eximir, transferindo-a a terceiros.

Assim, por exemplo, é vedado às agências de turismo transferirem a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor ao hotel ou às companhias aéreas. Do mesmo modo, as empresas que oferecem plano de assistência médica não podem transferir a responsabilidade aos profissionais credenciados, ressalvado seu direito de regresso contra o profissional ou empresa causador do dano.

---

<sup>110</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.111.

<sup>111</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.111.



Serão proibidas assim, proibem as cláusulas que retiram do consumidor a opção de reembolso, assim como as cláusulas que transfiram a responsabilidade a terceiros.<sup>112</sup>

### 3.1.4 Obrigações iníquas e desvantagem exagerada

O inciso IV do artigo 51 veda as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O § 1º do art. 51 definiu o que será considerada a desvantagem exagerada a cláusula que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico e restringe direitos ou obrigações fundamentais de modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual e que se mostre excessivamente onerosa para o consumidor.

Assim, o inc. IV do art. 51 combinado com o § 1º constitui, no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, como destaca Cláudia Lima Marques:

As expressões utilizadas, boa-fé e equidade, são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inc. IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual. Segundo renomados autores, o CDC, ao coibir a quebra da equivalência contratual e ao considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em "desvantagem exagerada", está a resgatar a figura da lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações. Parece-nos que a norma do inc. IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51.

A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo do veto, em uma lista de quinze incisos. Mas, seja como for, a cláusula geral da boa-fé, da equidade e do equilíbrio nas relações contratuais está presente no sistema do CDC, representando uma das mais importantes inovações introduzidas por esta lei no direito contratual brasileiro. Segundo o inc. IV do art. 51, são nulas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, "que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Três portanto, os parâmetros: 1) o conhecido princípio da boa-fé, de inspiração alemã (§ 242 do BGB), grande ausente no Código Civil brasileiro de 1916, que agora, após os esforços da jurisprudência e da doutrina, encontra-se positivado no sistema jurídico brasileiro; 2) a equidade, significando aqui

<sup>112</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.701

mais a necessidade do chamado equilíbrio contratual (na expressão de Raiser, *Vertragsgerechtigkeit*) do que a inspiração inglesa da decisão caso a caso na falta de previsão legal anterior, uma vez que as normas do próprio CDC, nos seus artigos iniciais, básicos, já instituem linhas mestras para este equilíbrio; 3) a noção de vantagem exagerada, que vem complementada no § 1 d o art. 51, o qual institui alguns casos de presunção de vantagem exagerada, nitidamente inspirados na alínea 2 do § 9.º da Lei alemã de 1976, hoje alínea 2 do § 307 do BGB reformado.<sup>113</sup>

A preocupação é, portanto, em manter o equilíbrio contratual. Assim, são vedadas obrigações iníquas, injustas, contrárias à equidade, abusivas ou que ofendam o princípio da boa-fé objetiva, como a falta de cooperação, de lealdade, quando frustra a legítima confiança criada no consumidor e a equidade, como bem aponta João Batista Almeida:

É visível a preocupação do legislador com a situação do contratante-hipossuficiente, o consumidor, no sentido de que o poderio econômico do fornecedor não o massacre. Daí dispor que as cláusulas devam ser equilibradas, compatíveis com a boa-fé e a equidade e permitir a modificabilidade das que se mostrem excessivamente onerosas ou insuportáveis para o consumidor.<sup>114</sup>

Não se tem admitido assim a não cobertura de casos específicos em planos de saúde ou cláusula que limita o tempo de internação em contratos de plano de saúde.

### **3.1.5 Inversão do ônus da prova**

Em seu inciso VI o artigo 51 proíbe cláusulas que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. A inversão do ônus da prova somente poderá ocorrer a favor do consumidor, quando for verossímil sua alegação ou quando for considerado hipossuficiente.

Nos casos previstos, a inversão do ônus da prova servirá para equilibrar a relação. Se fosse possível a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, certamente haveria um grave desequilíbrio, o que justamente o código visa evitar, pois, na maioria das vezes, é o fornecedor que possui os meios de prova, em decorrência do conhecimento do produto ou serviço.

<sup>113</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.701

<sup>114</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.112.

### 3.1.6 Arbitragem compulsória

Impossível a estipulação da utilização compulsória de arbitragem pelo inciso VII do artigo 151, em respeito ao princípio de proteção ao hipossuficiente, por entender que seria prejudicial ao consumidor, pois faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, de forma livre e consciente, pela adoção da arbitragem como meio de solucionar futuro conflito de consumo.

O recurso à arbitragem, na via judicial ou extrajudicial, é faculdade das partes. Ninguém é obrigado a submeter-se ao juízo arbitral, se assim o não desejar.<sup>115</sup>

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem devem ser consideradas abusivas, uma vez que a arbitragem não estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio e unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei.<sup>116</sup>

Porém, quando já configurado o conflito, é possível que seja instaurado o procedimento arbitral, caso haja consenso entre fornecedor e consumidor, vedando assim, apenas a imposição da arbitragem que transforma a arbitragem "voluntária" em compulsória.

### 3.1.7 Imposição de representante

O artigo 51 em seu inciso VIII proíbe a imposição de representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor. Assim o fornecedor não poderá impor representante para celebrar negócio jurídico em seu nome, como pondera João Batista Almeida:

O normal é o consumidor atuar nas relações de consumo pessoalmente ou mediante representante de sua confiança. Assim, fugirá à normalidade e beirará as raias do abuso e da fraude a imposição, pelo fornecedor, de representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico em nome do

---

<sup>115</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.111.

<sup>116</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.704

consumidor, que restará vulnerável e submetido ao poder econômico daquele.<sup>117</sup>

É a conhecida “cláusula mandato”, muito comum em contratos bancários, para caso o consumidor fique inadimplente, o banco possa ser constituído como seu procurador, assinando nota promissória ou emitindo letra de câmbio.

### **3.1.8 Opção de conclusão do negócio**

O inciso IX cláusulas do artigo 51 prevê a nulidade da cláusula que permite ao fornecedor uma opção "de concluir ou não o contrato" embora obrigando o consumidor.<sup>118</sup>

O fornecedor não poderá inserir cláusula desobrigando-o de cumprir o contrato, porém obrigando somente o consumidor, pois feriria o equilíbrio contratual.

É intuitivo que o consumidor poderá ser enormemente prejudicado se a conclusão do negocio não depender dele.<sup>119</sup>

Se o fornecedor se obrigou, por qualquer informação prestada, seja por publicidade, terá que cumpri-la se o consumidor atendendo à oferta assina proposta de contrato.

### **3.1.9 Variação unilateral do preço**

No inciso X do artigo 51 é proibido ao fornecedor a variação do preço, direta ou indiretamente, de maneira unilateral.

Uma cláusula que permita o fornecedor alterar, ao seu livre-arbítrio, o preço no contrato de consumo é inválida, pois acarretaria um desequilíbrio na relação jurídica, privilegiando o fornecedor em detrimento do consumidor, como pondera Cláudia Lima Marques:

Em um país acostumado a indexar os débitos futuros, em virtude da inflação, a norma do art. 51, X. tem o mérito de afastar as cláusulas

<sup>117</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.112.

<sup>118</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.705

<sup>119</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.113.

contratuais que permitiam ao fornecedor escolher entre os índices de correção (por exemplo, "BTN, IPC, CUB ou outro índice oficial"), pois era impossível ao consumidor prever o quantum de sua dívida e a escolha era unilateral, desequilibrando as prestações, pois sempre o índice maior era o escolhido.<sup>120</sup>

Qualquer alteração superveniente à formação contratual, deverá ser convencionada pelas partes, em igualdade de condições.

Assim, são inválidas cláusulas que deixam para o fornecedor, de forma livre, a escolha dos índices do reajuste do contrato, pois é claro que ele sempre escolherá a maior, mais benéfica e lucrativa.

### **3.1.10 Cancelamento unilateral do contrato**

O inciso XI do artigo 51 veta cláusulas que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor. Nestes termos aponta João Batista de Almeida:

Após a celebração do contrato, o contrato deve ser cumprido pelos contratantes. Para desfazê-lo, igualmente, haverá necessidade do concurso dos contratantes para tal, ou, pelo menos, que tal faculdade seja outorgada a todos os contratantes. O que não se concebe é só o fornecedor gozar da faculdade de cancelar o contrato unilateralmente, não se outorgando idêntico direito ao consumidor, o que denotaria, sem dúvida, a superioridade contratual do fornecedor, que a própria lei busca mitigar.<sup>121</sup>

Possibilitar somente a uma das partes, no caso o fornecedor, a opção de rescisão do contrato, causaria grave desequilíbrio na relação, gerando sensação de insegurança e incerteza ao consumidor. Assim, tal direito deve também ser concedido ao consumidor, colocando as partes em posição contratual de igualdade e equilíbrio.

Todavia, não basta a mera previsão de cláusula possibilitando a rescisão pelo consumidor para legitimar o cancelamento unilateral do contrato pelo fornecedor. Isso porque, o fornecedor se vale desse artifício para, ao cancelar o contrato com o consumidor, oferecer outro com o preço superior. É necessário, portanto, analisar se

<sup>120</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.705

<sup>121</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.113.

o direito de resilir o contrato não foi feito com ofensa à boa-fé objetiva e abuso do direito.

Nas relações bancárias, por exemplo, o correntista tem o direito de ser informado previamente da extinção do contrato de cheque especial, diante da gravidade dos efeitos que decorrem da emissão de novos cheques pelo cliente, que confia na continuidade do contrato.

### **3.1.11 Ressarcimento de custos**

O artigo 51 no inciso XII veta cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor

Assim, cláusula que confira somente ao fornecedor o direito de se ressarcir dos gastos com a cobrança, em razão do inadimplemento do consumidor, é considerada abusiva. Tal direito deve ser concedido também ao consumidor.

Não basta haver cláusula de ressarcimento de custos de cobrança em favor do consumidor para legitimar a cobrança pelo fornecedor. Da mesma forma deverá verificar se não há ofensa à boa-fé objetiva ou abuso do direito.

Nesse sentido, cláusula que prevê o pagamento de honorários advocatícios mesmo quando não ajuizada nenhuma demanda judicial, sob o argumento de que a cobrança já foi encaminhada para um escritório de cobrança, deve ser considerada abusiva.

### **3.1.12 Modificação unilateral do contrato**

O inciso XIII do artigo 51 proíbem o do fornecedor de modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração.

Após sua celebração, o contrato não pode ser modificado unilateralmente, por vontade de uma das partes. Exige-se o concurso da vontade de todos os contratantes para que a alteração se realize.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.113.

Embora desnecessária tal previsão, já que contrária à boa-fé e ao equilíbrio entre as partes, ficam vedadas quaisquer alterações feitas de forma unilateral pelo fornecedor, sem o consentimento do consumidor.

São exemplos dessa proibição cláusulas que permitem ao fornecedor alterar as taxas de juros ou alterar os materiais que serão empregados em determinado serviço.

### 3.1.13 Violação de normas ambientais

O artigo 51 em seu inciso XIV impede cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais, como pondera Cláudia Lima Marques:

O CDC deixa claro que as normas ambientais são normas de ordem pública, logo indisponíveis entre as partes. Sendo assim, as cláusulas contratuais, em contratos de consumo, que "infrinjam" normas "ambientais" são nulas de pleno direito. Assim também aquelas que indiretamente "possibilitem" essa violação a normas ambientais. Até há pouco tempo não se tinha idéia desse "consumo sustentável" como muito importante, mas hoje, com as normas mais estritas sobre "organismos geneticamente modificados" ou transgênicos, sobre lixo ou mesmo "pneus usados" ou recauchutados, sobre devolução de "pilhas e baterias", os contratos de consumo podem conter cláusulas (por exemplo, aquela em que o consumidor abre mão do direito de saber se um ingrediente é transgênico, ou a que "transfere" para o consumidor o dever de colocar a pilha em depósito especial de lixo contaminante etc.) que são nulas justamente por violarem normas ambientais ou de ordem pública do mercado brasileiro.<sup>123</sup>

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantia constitucional prevista no art. 225 da CF, assim, não se admite que cláusulas contratuais possam causar danos ao meio ambiente, ainda que sejam benéficas ao consumidor.

A preocupação não é com a sorte do consumidor, mas com o meio ambiente e impede que ambos os contratantes estipulem cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.706

<sup>124</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.113.

A proibição vale para as duas partes da relação. Em nenhuma hipótese, podem as partes celebrar um contrato que venha, ainda que indiretamente, trazer malefícios ao meio ambiente.

### **3.1.14 Desacordo com o sistema de proteção ao consumidor**

O inciso XV do artigo veda cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, como aponta João Batista Almeida:

As leis de proteção ao consumidor devem ser cumpridas integralmente. Normas de ordem pública, imperativas que são, não podem ser derogadas pela vontade das partes. Assim, além da vedação específica de algumas cláusulas contratuais, o legislador, em caráter geral, procura coibir a clausulação que esteja em desacordo com o sistema protetivo do consumidor.<sup>125</sup>

Esse sistema não está contemplado apenas pelo CDC, mas também por qualquer norma que tutele, ainda que indiretamente, o consumidor. Assim vale destacar a Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51), Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90), Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) etc.

Serão consideradas nulas todas as outras cláusulas não previstas na lista do art. 51, mas que "estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor". Demonstra bem o espírito exemplificativo da lista, a ser completada pela ação da doutrina e da jurisprudência.<sup>126</sup>

### **3.1.15 Renúncia a indenização por benfeitorias necessárias**

Segundo o direito tradicional e a lei específica sobre locações, era possível ao locador, ou a sua administradora, incluir no contrato unilateralmente redigido cláusulas que afastavam o direito de indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.114.

<sup>126</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.706

<sup>127</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.706



Benfeitorias necessárias são aquelas que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore. Então, quando o consumidor precisar realizar qualquer benfeitoria necessária, terá sempre o direito de ser ressarcido pelos gastos efetuados, ainda que exista cláusula excluindo tal direito.

Após conceituar como necessárias as benfeitorias que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore (CC de 1916, art. 63, § 32; Novo CC, art. 96, § 32), a lei civil assegura ao possuidor de boa-fé o direito à indenização e o direito à retenção pelo respectivo valor (CC de 1916, art. 516; Novo CC, art. 1.219). Em face da constatação de que era comum o senhorio, ao contratar a locação, burlar tal dispositivo, sob o manto de renúncia do direito de indenização, procurou a lei obstar mencionada conduta impedindo a clausulação permissiva.<sup>128</sup>

O artigo 51, XVI, impede a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias, considerando nula de pleno direito esta cláusula, das mais comuns nos contratos de locação.

### **3.2 Nulidade de cláusulas abusivas**

As cláusulas abusivas, aplicáveis a todos os contratos que envolvam relações de consumo, encontram campo fértil no âmbito dos contratos de adesão, em que se verifica sua maior incidência, provavelmente em decorrência da superioridade econômica do fornecedor e do fato de ser ele o estipulante unilateral das cláusulas gerais, para cuja formulação inexistente ampla discussão das partes, cabendo ao consumidor apenas a adesão. Daí o interesse e a relevância dos mecanismos de controle, para prevenir e coibir os sucessivos abusos.<sup>129</sup>

A lista de cláusulas abusivas, prevista no art. 51 do CDC, é apenas exemplificativa. Pelo § 2.º do art. 51, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.114.

<sup>129</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.123.

<sup>130</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.707

A nulidade<sup>131</sup> se caracteriza como uma sanção pela ofensa a determinados requisitos legais, não devendo produzir efeito jurídico, em função do efeito que carrega em seu âmago. Como sanção pelo descumprimento dos pressupostos de validade do negócio jurídico, o direito admite, e em certos casos impõe, o reconhecimento da declaração de nulidade objetivando restituir a normalidade e a segurança das relações sociais e jurídicas

O controle sobre as cláusulas abusivas pode ocorrer de várias formas, sendo uma delas preventiva, que tem o objetivo de impedir o cometimento do dano, ou seja, antes de sua utilização pelos consumidores, poderá o Ministério Público ajuizar a ação, para que seja declarada a nulidade da cláusula.

Da mesma maneira, têm legitimidade, as associações de defesa do consumidor e as entidades e órgãos da administração pública destinados à defesa dos consumidores e para proporem as ações coletivas de defesa de interesses individuais homogêneos.<sup>132</sup>

José Luiz Ragazzi reforça este entendimento:

Neste íterim, “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*.”<sup>133</sup>

A respeito Nelson Nery Junior possui o mesmo posicionamento ora demonstrado, conforme trecho que segue:

Como se trata de matéria de ordem pública, isto é, de interesse social e geral, o juiz deve examiná-la *ex officio*, independentemente de alegação da parte ou do interessado. Qualquer das partes, o MP e o interessado têm legitimidade para arguir a nulidade.<sup>134</sup>

O caráter de imparcialidade é inseparável dos órgãos exercentes da jurisdição. O juiz, e do mesmo modo o árbitro, coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possam exercer sua função dentro do

<sup>131</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral, 16ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2014. p. 435.

<sup>132</sup> MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.707

<sup>133</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p.223.

<sup>134</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 14 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.670.

processo. A imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.<sup>135</sup>

Segundo Fredie Didier Jr:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição, a "quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".<sup>136</sup>

O controle da cláusula se abusiva dá posteriormente à adesão do consumidor, são aplicadas as penalidades previstas no artigo 56 do Código de Defesa de Consumidor, com leciona Cláudia Lima Marques:

Na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem a posteriori, quando o contrato já está perfeito formalmente; quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo.<sup>137</sup>

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, pois não há 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 são normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão.

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. Assim ensina

<sup>135</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 76.

<sup>136</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p.197.

<sup>137</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p.693

Pontes de Miranda: “O nulo é negação da validade; não é negação da existência. Mesmo porque se pressupõe o existente; tanto que nulo e não-nulo existem.”<sup>138</sup>

Desta forma, as nulidades previstas no CDC serão sempre absolutas, porquanto decorrentes de normas de proteção à ordem pública e interesse social.

Nos termos do seu parágrafo segundo 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.

Quando constatada a presença de cláusula abusiva, esta deve ser declarada nula, mas o contrato continua surtindo seus efeitos, ou seja, continua válido, uma vez que a retirada da cláusula não afeta a essência do contrato.

O art. 6, V, prescreve como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Embora o juiz esteja restrito aos limites de eventual lide posta à sua apreciação, as matérias de ordem pública se diferenciam da regra geral, pois o magistrado tem uma certa liberdade na hora de sentenciar, não ficando limitado ao que foi peticionado no feito. Assim, se achar necessário, poderá o juiz transcender ao pedido formulado pelas partes, ou seja, julgar de ofício.

Nelson Nery Junior também possui o entendimento de que o princípio da congruência não se aplica às matérias de ordem pública. Vejamos:

A regra da congruência (ou correlação) entre pedidos e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. 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 referidas matérias de ordem pública. 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 5º XXIII e 170 III e CC 1228 §1º).<sup>139</sup>

Assim, o juiz não somente poderá afastar integralmente uma determinada cláusula abusiva, como também poderá modificar o conteúdo negociado, de modo a manter o equilíbrio entre as partes, conservando igualmente o contrato.

<sup>138</sup> MIRANDA, Pontes de. Validade, nulidade, anulabilidade. / Pontes de Miranda; atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte geral; 4) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 p.74

<sup>139</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 14 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.669.

A nulidade de cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato ex officio do juiz (...). Sendo matéria de ordem pública (art. 1º do CDC), a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo não é atingida pela preclusão, de modo que pode ser alegada no processo a qualquer tempo e grau de jurisdição, impondo-se ao juiz o dever de pronunciá-la de ofício.<sup>140</sup>

A proteção nas relações de consumo é um direito básico do consumidor previsto no artigo 6º, IV, do CDC. É uma forma da intervenção do Estado, a fim de controlar e regular os negócios jurídicos contratuais, como forma de proteção ao valor social do contrato, como destaca João Batista Almeida:

A regulamentação do contrato de adesão e das cláusulas abusivas no Código do Consumidor em boa hora outorgou indispensável proteção contratual a uma categoria que sofria constantes abusos e prejuízos em decorrência de sua fragilidade e de ter de aderir a condições que não discutiu, nem tinha meios de conhecer em extensão e profundidade, e que, por isso, eram-lhe praticamente impostas.<sup>141</sup>

Essa proteção do estado é prevista constitucionalmente no art. 3ª, III, 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e resguarda aos contratos a presença dos princípios da segurança jurídica e da proteção jurídica do consumidor.

As cláusulas abusivas foram tratadas de forma extremamente inteligente pelo CDC ao dispor que estas são nulas de pleno direito. Assim, evidente que as cláusulas abusivas presentes nos contratos já nascem com um vício insanável, sem efeitos no mundo jurídico, não havendo possibilidade de torná-las válidas, e por isso pode ser arguida sua nulidade em qualquer momento, ainda que sem o requerimento da parte interessada. Sobre o tema Rizzatto Nunes dispõe que:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é extunc, uma vez que nela se reconhece a nulidade existente desde o fechamento do negócio. E, aliás, dada a característica da nulidade e a contrariedade da cláusula abusiva à Lei n. 8.078, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de

<sup>140</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004. P.560.

<sup>141</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo: Saraiva, 2003. p.121.

ofício. Mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever do juiz declará-la por ato ex officio.<sup>142</sup>

Assim, visando à recuperação do contrato, o CDC prevê a sanção das cláusulas abusivas tornando-as inexistentes, sanção de nulidade de pleno direito, ineficazes não produzirá efeitos, temporário ou definitivamente, total ou permanente, em razão da existência de obstáculo extrínseco que impede a modificação da relação jurídica a que tende, e inválidas, insanáveis, não convalidáveis com o decorrer do tempo, por serem ilícitas e contrárias ao direito.

Através do § 4º do art. 51, verificamos a possibilidade de se efetuar o controle judicial abstrato das cláusulas contratuais abusivas. Embora o § 4º somente cite o Ministério Público, a doutrina é uniforme no sentido de admitir que qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC pode ingressar com ação coletiva para o controle judicial da cláusula abusiva.

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.<sup>143</sup>

O controle judicial das cláusulas contratuais abusivas tanto pode ocorrer nos limites de relação de consumo específica deduzida em juízo, por intermédio de ação proposta pelo consumidor interessado, controle judicial concreto, quanto pode incidir sobre a totalidade das cláusulas contratuais estipuladas pelo fornecedor, por provocação do Ministério Público ou de quaisquer dos legitimados pelo art. 82 do CDC, controle judicial abstrato, com leciona João Batista Almeida:

São conhecidos dois mecanismos de controle das condições gerais dos contratos: o preventivo ou abstrato e o repressivo ou concreto. No primeiro caso, o controle é feito na via administrativa, antes da conclusão da relação de consumo, geralmente por um órgão designado para tal. Existe, p. ex., na Suécia, onde a lei das cláusulas contratuais abusivas, de 1971, introduziu um sistema de controle preventivo das cláusulas consideradas injustas para os consumidores, concedendo poderes ao Tribunal do Mercado para proibir a utilização de tais cláusulas. No Brasil, tentou-se a introdução do controle abstrato pelo Ministério Público, mas o dispositivo (art. 54, § 52) foi vetado, de sorte que o Ministério

<sup>142</sup> NUNES, Luis Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 713.

<sup>143</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

Público pode, mediante inquérito civil, fazer esse controle, podendo redundar em compromisso de ajustamento de conduta, ou no ajuizamento de ação civil pública. A decisão do Ministério Público, sobre cláusulas submetidas ao seu exame no inquérito civil, no entanto, não terá caráter geral.

O controle repressivo ou concreto é aquele efetuado após a conclusão da relação de consumo, no decorrer de ação judicial em que se discute a abusividade de cláusula. É o sistema predominante no Brasil. O consumidor pode, diretamente, pleitear em juízo a declaração da nulidade de cláusula contratual abusiva, mas também pode requerer ao Ministério Público — e aos outros co-legitimados — idêntica providência (art. 51, § 42). Trata-se, como se vê, de controle concreto, na via judicial. Já se decidiu que o “Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação visando a nulidade de cláusula de contrato de adesão”, cuidando-se, no caso, de relação de intermediação de imóveis para locação, submetida às disposições do CDC.<sup>144</sup>

A diferença entre o controle judicial abstrato e o concreto está na eficácia da sentença, uma vez que, formulado pedido de controle abstrato, a decisão declaratória da abusividade da cláusula contratual fará coisa julgada erga omnes (tratando-se de direitos difusos) ou ultra partes (tratando-se de direitos coletivos). Entretanto, formulado pedido individual de declaração de abusividade de cláusula contratual, a coisa julgada somente abrangerá as partes integrantes da relação jurídica processual.

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.

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.

É neste sentido a doutrina dominante, a exemplo de Nelson Nery Júnior:

---

<sup>144</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.123.

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.<sup>145</sup>

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.

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.

O controle das cláusulas abusivas nos contratos afetos ao CDC caracteriza-se como meio de reequilíbrio da relação entre as partes. Humberto Theodoro Júnior entende dessa maneira:

Em nome do princípio da boa-fé, o que se visou foi, antes de tudo, aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torna-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas. Somente em último caso, quando a eliminação da cláusula abusiva conduzir a uma total frustração da finalidade contratual, é que a intervenção judicial resultará, excepcionalmente, na ruptura ou desconstituição de todo o contrato.<sup>146</sup>

O papel do juiz é examinar o instrumento contratual como um todo, retirar as cláusulas nulas e integrar o restante delas, para restabelecer o equilíbrio e manter o contrato em vigor. A declaração de nulidade está restrita apenas à cláusula considerada abusiva, não contaminando a parte saudável do contrato. Após todo o procedimento, se o juiz constatar que mesmo com a retirada das cláusulas abusivas o contrato continuar desfavorecendo o consumidor, a solução cabível é a resolução do contrato. Sobre o tema pondera José Adércio Leite Sampaio:

---

<sup>145</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto. [et al.]. 8ª ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004; p. 693.

<sup>146</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.



A imparcialidade do juiz é o resultado do complexo de garantias de independência do Judiciário somado às vedações que a ele são impostas. A independência do Judiciário não é um fim em si mesmo.<sup>147</sup>

O Estado é responsável pela solução de todas as espécies de conflitos e em todo o território nacional. Sobre o tema, o entendimento de Moacyr Amaral dos Santos:

A jurisdição é função do Estado, exercendo-se com a mesma finalidade a todas as espécies de conflitos de interesses, qualquer que seja a natureza destes. As atividades jurisdicionais não diversificam porque o conflito a compor-se é de natureza penal, civil, trabalhista, eleitoral. Nesse sentido se diz que a função jurisdicional é uma, sempre idêntica.<sup>148</sup>

A partir da realidade concreta e diante da vulnerabilidade, seja fática, seja jurídica, seja técnica, seja informacional do consumidor e a possibilidade de redação contratual ser construída de modo que não se identifique clara e rapidamente a lesão, o CDC permite, sistemicamente, que, na instrução processual, o próprio juiz possa indicar e reconhecer outras cláusulas passíveis de nulidade.

Pensar o contrário significa a proteção ou mesmo estímulo de eventual prática abusiva, uma vez que, se o contrato está bem redigido, respeitando-se todas as regras, nenhum prejuízo irá trazer ao fornecedor tal possibilidade de atuação de ofício.

Percebe-se, portanto, que sendo as cláusulas abusivas nulas de plenos direito e o CDC norma de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício quando do conhecimento das referidas cláusulas nos contratos bancários que desequilibrem o contrato e coloquem o consumidor em uma situação de inferioridade em relação ao fornecedor, já que, como exposto, uma relação entre banco e cliente é uma relação jurídica de consumo.

---

<sup>147</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.154.

<sup>148</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73.

## **4 SÚMULA 381 DO STJ**

Fica esclarecido então pela legislação e pela doutrina majoritária o entendimento 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.

O Código de Defesa do Consumidor 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 arguida a qualquer momento ou grau de jurisdição, sem prévia suscitação da parte interessada.

### **4.1 Entendimento até a edição da Súmula 381**

Mesmo existindo todos esses mecanismos legais e a previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor em submeter as instituições financeiras às suas normas, muita discussão envolve este tema.

Em razão dos debates acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, principalmente pelo fato das operações bancárias consubstanciarem-se em típicos contratos de adesão, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da edição da súmula 297<sup>149</sup>, que consolidou o entendimento de o Código de Defesa do Consumidor ser aplicável às instituições financeiras.

José Anchieta da Silva define a expressão súmula ao afirmar que a súmula é a jurisprudência mais consagrada, norteadora do entendimento sedimentado nas cortes de julgamento sobre determinado assunto.<sup>150</sup>

Lição de igual modo explicativa nos dá Lênio Streck que define súmula como sendo o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização da jurisprudência.<sup>151</sup>

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591<sup>152</sup>, ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras, CONSIF, a entidade pedia a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, na parte em que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

A propositura da referida ADI visava primordialmente que fossem desconsiderados os serviços bancários como relações de consumo. Diante disso, estariam excluídas da égide da lei consumerista as seguintes atividades: cadernetas de poupança, depósitos bancários, contratos de mútuos, cartões de crédito, contratos de seguro, abertura de crédito e todas as operações bancárias, ativas e passivas.

Em suas razões as instituições bancárias contradizem a norma consumerista utilizando o argumento, no caso de concessão de crédito, de que o dinheiro volta às mãos do fornecedor, pois é um crédito concedido, não sendo possível enquadrar este tipo de serviço como elemento de uma relação de consumo e que as normas relacionadas à imposição de encargos e obrigações ao Sistema Financeiro Nacional

---

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

<sup>150</sup> SILVA, José Anchieta da. A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey, 1998; p.46.

<sup>151</sup> STRECK, Lênio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.116.

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2591 / DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 29/09/2006. Jus, 2006.

deveriam ser criadas por meio de lei complementar, em obediência à Constituição Federal. Logo, pelo fato de o CDC ser uma lei ordinária, não poderia dispor sobre normas desse assunto.

Entretanto, o entendimento foi de que a exigência de lei complementar, prevista no art. 192 da CF seria apenas para regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro, podendo o CDC dispor sobre encargos e obrigações para onerar as instituições bancárias. A Constituição impõe a regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro por lei complementar. Quanto aos encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, atinentes à prestação de seus serviços aos clientes, estes poderiam perfeitamente, como o foram, ser definidos por lei ordinária.

Em decisão unânime, o consenso estabelecido pelos ministros do STF consistiu no cabimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias, decidindo que as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor, definindo ainda que "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito e que o preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição.

Dessa forma, os Ministros entenderam que o CDC deve ser aplicado às relações de consumo que contemplam as atividades desenvolvidas pelas instituições bancárias e que a expressão impugnada pelo requerente não ofende e nem viola a competência do Sistema Financeiro, porquanto o CDC busca apenas atuação transparente, equilíbrio econômico e contratual, publicidades verídicas, enfim, condutas pautadas na boa-fé objetiva, confirmando o entendimento da Súmula 297 do STJ.

A jurisprudência vinha seguindo essa orientação, porém, o STJ, no REsp. 541.153/RS, através da Segunda Seção, pacificou o entendimento no sentido de que é impossível a decretação de ofício da nulidade das cláusulas contratuais abusivas pelos tribunais estaduais.

Ou seja, em grau recursal, o Tribunal de Justiça Estadual estaria impedido de afastar uma cláusula abusiva, mesmo as que o próprio STJ já tenha reconhecido como abusivas, caso não seja arguida pela parte.

Essa hipótese decidida pelo STJ referia-se à ação revisional de contrato bancário, na qual o Tribunal do Rio Grande do Sul, apreciando recurso de apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença de ofício para declarar a nulidade das cláusulas abusivas, que não haviam sido afastadas pelo juiz de primeiro grau.

A instituição financeira argumentou em grau recursal que, assim procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado o recurso reformando-o para piorar a situação do banco recorrente.

A Segunda Seção do STJ julgou a matéria, com fundamento no art. 515 do antigo CPC, acolhendo a tese de não admitir que o tribunal estadual modifique o comando da sentença para favorecer o consumidor, sem que haja interposição de recurso.

Assim, permaneceu o entendimento de que o juiz monocrático poderia conhecer de ofício das nulidades nos contratos bancários, uma vez que o posicionamento do STJ referia-se apenas à atuação dos tribunais.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça não vem aceitando a decretação de ofício pelos tribunais estaduais das cláusulas abusivas, art. 51 do CDC, sob o argumento de ofensa ao princípio "tantum devolutum quantum appellatum", privilegiando assim o direito processual em detrimento do direito material.

No REsp. 1061530/RS, julgado através do incidente de processo repetitivo, o STJ pacificou a questão e editou a Orientação número 5:

**ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO**

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.<sup>153</sup>

Assim, o STJ vedou também a atuação do juiz de primeiro grau, estancando a dúvida. A Orientação número 5 acabou se transformando na Súmula nº 381, com o seguinte teor: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Assim, o STJ, pela sua Segunda Seção, elaborou em março de 2009, a Súmula n. 381: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas".

---

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

#### 4.2 Edição da Súmula 381

O referido recurso foi interposto pelo Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A em desfavor de Rosemari dos Santos Sanches contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e decorreu de uma ação de revisão contratual ajuizada pela recorrida em razão de ter adquirido motocicleta por meio de um financiamento ofertado pela recorrente no valor de R\$ 4.980,00, que seria pago em 36 parcelas de R\$ 249,48.

Nesta ação, a recorrida pretendia o afastamento dos juros remuneratórios, da capitalização de juros, da cobrança da comissão de permanência e da inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes.

Conforme o relatório do Ministro Luis Felipe Salomão, os pedidos feitos pela recorrida na inicial foram os seguintes: antecipação da tutela, a fim de evitar que seu nome fosse inscrito em cadastro de inadimplentes, bem como para ficar em posse do bem objeto do financiamento até o encerramento da discussão judicial, depósito em juízo do valor incontroverso, apresentação do contrato pela empresa ré, fixação de juros em 12%, exclusão da capitalização, aplicação do código de defesa do consumidor e declaração de nulidade de encargos contratuais considerados abusivos.

A antecipação de tutela foi concedida, no que tange à manutenção do bem, pois o valor incontroverso foi depositado em juízo, e ao impedimento do nome negativado nos cadastros de proteção ao crédito.

A sentença reconheceu a abusividade da taxa de juros, que era de 2,5654%, reduzindo-a para 1% ao mês, substituiu a comissão de permanência pelo IGPM e determinou a capitalização anual dos juros, manteve os demais encargos contratuais e condenou a instituição a pagar as custas processuais e honorários advocatícios.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela instituição financeira, afastando, de ofício, a cobrança de certos encargos. O que motivou o Recurso Especial.

Quando do julgamento do Recurso Especial, com relação à matéria “disposições de ofício”, objeto de interesse do presente trabalho, os votos da Ministra Relatora Nancy Andrichi e do Ministro Luis Felipe Salomão foram vencidos.

Os demais Ministros manifestaram o posicionamento de que o magistrado não pode fazer a revisão de ofício em relação às cláusulas abusivas em contratos bancários.

#### **4.2.1 Voto vencido da ministra Nancy Andrighi**

A Relatora do REsp foi a Ministra Nancy Andrighi. O julgamento foi delimitado por cinco questões: juros remuneratórios, configuração da mora, juros moratórios, inscrição ou manutenção em cadastro de inadimplentes e disposições de ofício.

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 consumo, como está presente no seguinte trecho de seu voto:

O CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º); portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que impelem o juiz a atuar de ofício. Além do mais, o CDC adotou a mesma teoria de nulidades que regula os contratos regidos pelo Código Civil, especificando os vícios que são causa de nulidade e que o juiz deve declarar de ofício. A abusividade, por exemplo, é disciplinada como vício de nulidade da cláusula do contrato – art. 51, IV, do CDC<sup>154</sup>

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.

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

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.

A Ministra invocou a política judiciária e se preocupou em uniformizar o entendimento da matéria em benefício do consumidor. Para tanto, ela utilizou um exemplo em que relata a situação em que dois consumidores buscam o Poder Judiciário para que este reconheça a nulidade de uma cláusula abusiva, que é válida para os dois. A diferença é que um consumidor fez um pedido expresso para a anulação, enquanto o outro, por não possuir conhecimento suficiente, não pede a anulação expressamente. No segundo caso, de acordo com o enunciado de Súmula editado após o julgamento em questão, o juiz estaria impedido de conhecer a abusividade de ofício.

Diante do exemplo indicado pela Ministra, ela indaga em seu voto: “Como explicar ao consumidor, leigo juridicamente, que determinada cláusula, apesar de abusiva, é válida para ele, mas não o é para o seu vizinho, em situação idêntica?”<sup>155</sup>

No mesmo sentido o entendimento de Pontes de Miranda sobre o tema:

No adotar essa ou aquela linha de limites, tem liberdade o legislador; porém seria expor-se a si, e expor os outros aos riscos dos cães de Pavlov, indecisos entre círculos e triângulos, considerar o mesmo fato como existente e inexistente, ao mesmo tempo, no mundo jurídico.<sup>156</sup>

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 consequências da impossibilidade de julgamento de ofício da nulidade das cláusulas abusivas:

Consequências 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

---

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

<sup>156</sup> MIRANDA, Pontes de. Validade, nulidade, anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.(coleção tratado de direito privado: parte geral; 4) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.73.



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.

Na defesa pela admissão da revisão de ofício, a Ministra Relatora se ateve mais aos aspectos processuais e aos desdobramentos possíveis diante da negativa do juiz em analisar substancialmente o contrato para que localize cláusulas abusivas.

Nesse sentido, a Ministra relatou a consequências graves, que prejudicam o bom desempenho do Poder Judiciário e ofendem o Código de Defesa do Consumidor, primeiramente no que diz respeito à valorização da formalidade da norma processual em detrimento do direito material. O impedimento para conhecer a abusividade das cláusulas, mesmo sem a formulação de um pedido expreso, movimenta a máquina judiciária inutilmente, pois outra ação será proposta, contribuindo para a morosidade da prestação jurisdicional.

Outra consequência é a ofensa à literalidade do art. 51 do CDC cumulado com o parágrafo único do art. 168 do CC. Esses dispositivos tratam da abusividade e nulidade das cláusulas e autorizam o juiz a pronunciá-las quando delas tiver conhecimento:

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.<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

Aponta ainda o despropósito e a descrença conferidos ao Poder Judiciário, em razão deste se posicionar e julgar de forma divergente no caso de situações idênticas. Sobre o tema pondera José Adércio Leite Sampaio:

O interpretar se conjuga com a vida do intérprete, portanto é impossível a indiferença a uma das leituras possíveis da questão sub judice. Não basta dizer que o juiz é neutro, mas que deve ser imparcial, pois é troca de palavras que dizem respeito ao mesmo substrato.<sup>158</sup>

E finalmente aponta a inutilidade do procedimento aplicável aos recursos repetitivos, previsto no art. 1.036 do CPC, causando uma movimentação desnecessária de ações e recursos, o que prejudica a celeridade nos julgamentos.

Assim, para a Ministra, a atuação de ofício é medida que deve ser autorizada, pois além de proteger o consumidor, contribui para a reputação e confiança depositada por este indivíduo no Poder Judiciário.

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.

O Ministro Luís Felipe Salomão manifestou-se através de voto-vista acerca da possibilidade do conhecimento das cláusulas abusivas nos casos em que restar caracterizada a hipossuficiência do consumidor.

Nesse sentido, o Ministro admite que a declaração de ofício das cláusulas abusivas pelo julgador é imprescindível quando a relação tiver como parte o consumidor hipossuficiente, transcrevendo algumas decisões das Turmas pertencentes à Segunda Seção que admitiam a revisão de ofício.

Segundo o Ministro, é possível que o juiz reconheça de ofício as cláusulas abusivas. Todavia, o Ministro defende a ideia de que reconhecimento de ofício é medida extrema, aplicável apenas em casos específicos, em que o consumidor esteja comprovadamente em situação de hipossuficiência. Para ele, todo consumidor é vulnerável, porém nem todos são hipossuficientes, conforme se extrai de trecho do seu voto em que cita o ministro Ministro Antônio Herman Benjamin:

---

<sup>158</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.155.

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 à 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 o 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).<sup>159</sup>

Em outras palavras, embora o Ministro tenha reconhecido a possibilidade de declaração da abusividade das cláusulas em contratos bancários, estabeleceu que tal medida seria extraordinária e condicionada à constatação de que no caso concreto o consumidor além de vulnerável ser também hipossuficiente.

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

#### **4.2.2 Argumentos favoráveis ao enunciado de Súmula**

O Ministro Aldir Passarinho Junior foi um dos que se manifestou favoravelmente a edição do enunciado 381 da Súmula do STJ. Além dele, convergiram para este entendimento os Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Fernando Mathias.

Segundo o Ministro Aldir Passarinho Junior a ação deve ser julgada nos limites em que foi proposta pela parte, atinente a prestação jurisdicional que foi reclamada, observado os pedidos feitos expressamente na petição inicial, como abaixo destaca-se em trecho do seu voto:

Dizer que o contrato é abusivo, data venia, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa

---

<sup>159</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoé. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 220

ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão não tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz, vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contencioso que nem foi a pretensão da parte autora<sup>160</sup>

Já na visão do Ministro João Otávio, a proteção do consumidor tem sido largamente difundida no Judiciário e que o sistema protetivo é eficiente, mas não autoriza a parcialidade do magistrado no julgamento do processo, não podendo substituir a parte para pleitear um direito que ela mesma não o fez.

Posicionamento este, problemático, como disserta Trajano:

Ora, discorda-se, primeiramente, da observação de que não compete ao juiz proteger parte alguma no processo. O Estado-Juiz não está afastado do cumprimento de um direito e uma garantia fundamental de proteger, na forma da lei, o consumidor. Assim, se a lei, de ordem pública e interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o juiz, interpretando adequadamente a lei, tendo como norte os princípios estruturantes do texto constitucional 48 - tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, o espírito republicano, a cidadania, a justiça e a liberdade -, conhecer de ofício a nulidade da respectiva cláusula contratual, protegendo, por consequência, o ente vulnerável, o débil.<sup>161</sup>

Entretanto, quando se fala em discricionariedade do juiz não se está a tratar da discricionariedade do administrador público, razão pela qual não se pode admitir que aquela seja analisada à luz dos requisitos desta. Com isso, não parece adequada a comparação realizada por José Roberto dos Santos Bedaque, a saber:

Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, como poder discricionário atribuído ao juiz. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valores próprios da discricionariedade (...) não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008.

<sup>161</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor/vol. 2. Abr, 2011 p. 149.

<sup>162</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 352.

O Ministro Carlos Fernando Mathias questionou se era mesmo necessária a mudança de um entendimento já sedimentado na Segunda Seção, qual seja, a violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, que prescreve que o Tribunal só poderá conhecer daquilo que a parte recorreu. Assim, na parte em que não houver impugnação, o Tribunal não pode manifestar-se, exceto sobre as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício, mesmo sem a manifestação das partes.

Ocorre que o CDC é categorizado como norma de ordem pública e, portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que autorizam o juiz a atuar de ofício. Ou seja, a exceção de que trata o Ministro é exatamente o caso em questão, cabendo, portanto, o conhecimento de ofício.

#### 4.3 Aplicação da Súmula nº 381

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.

Nesse sentido, Vinícius Dória Almeida argumenta que:

A vertente procedimental encontra-se afetada pela súmula vinculante, pois a simples adoção de um entendimento superior inviabilizará a perfeita discussão da causa por ambas as partes e o fornecimento de uma defesa ampla que provoque uma eventual mudança de paradigma por parte do órgão decisório. O substancial, por outro lado, é afetado pelo desrespeito aos diversos princípios ligados ao devido processo legal, os quais fazem parte de seu conteúdo.<sup>163</sup>

Lênio Streck nos ensina que

Como não é de esperar que o Tribunal inferior ignore uma decisão anterior do tribunal superior na mesma jurisdição, com poder de revisão, o que interessa saber é até que ponto um tribunal seguirá uma de suas próprias decisões anteriores. A questão é posta ao ser tomada uma decisão isolada, pois, embora o peso da autoridade persuasória varie em número de

---

<sup>163</sup> ALMEIDA, Vinícius Dória. A súmula vinculante e a Constituição de 1988. Dilemas e contradições. Revista da Escola Superior de Magistratura de Sergipe - Esmese. Aracaju, n. 8, 2005. p. 115 .

decisões análogas, basta uma decisão anterior para constituir precedente.<sup>164</sup>

A Constituição Federal de 1988 declarou a defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental (art. 5º, inciso XXXI) e um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso V).

O Código de Defesa do Consumidor foi criado para assegurar essa proteção, com o intuito de harmonizar e equilibrar as relações de consumo, que, instituiu em todo seu diploma normas de ordem pública e interesse social, dentre elas que são nulas de pleno direito as cláusulas consideradas abusivas no art. 51 do CDC.

O art. 51 do CDC estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que estabeleçam obrigações abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Ou seja, cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

As normas do CDC, por serem normas de ordem pública e interesse social, podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Significa dizer que não são atingidas pela preclusão e o juiz tem o dever de pronunciá-las de ofício. Portanto, a abusividade das cláusulas contratuais, diante do caso concreto, deve ser conhecida de ofício tanto pelos magistrados de 1º grau quanto pelos órgãos colegiados dos Tribunais.

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.

A intervenção estatal fez com que o contrato passasse a ser dirigido, no seu conteúdo, por meio de leis que impõem ou proíbem certas condutas. O dirigismo contratual resultou na limitação da liberdade contratual com o fim de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e obviar proteção ao consumidor.<sup>165</sup>

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,

---

<sup>164</sup> STRECK, Lênio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.62.

<sup>165</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.110.

visando à proteção da figura reconhecidamente hipossuficiente, contra as cláusulas abusivas.

Houve um retrocesso no posicionamento do STJ, pois conforme exposto, as normas do CDC são de ordem pública e o art. 51 é expresso ao declarar que são “nulas de pleno direito” as cláusulas abusivas nas relações de consumo, como destaca João Batista de Almeida:

Nessa perspectiva é que o regime codificado elencou as cláusulas contratuais abusivas, hauridas da experiência estrangeira, da jurisprudência nacional e do cotidiano dos órgãos de defesa do consumidor, dentre aquelas mais costumeiramente usadas para lesar o consumidor. Após tipificá-las, o Código sancionou-as de nulidade absoluta (art. 51 e seus incisos e parágrafos), com as decorrentes consequências jurídicas: tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalescem pela passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado; podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensando arguição da parte; não são supráveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.<sup>166</sup>

O consumidor é vulnerável na relação com o fornecedor e por isso é necessário permitir que o magistrado intervenha na relação, de ofício, para manter o equilíbrio contratual.

Vedar o conhecimento de ofício de nulidades que são reputadas pelo CDC como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo em detrimento do direito material.

As normas do CDC também são de interesse social, o que significa dizer que as normas de proteção aos consumidores possuem importância relevante para a sociedade como um todo, não interessando somente às partes, consumidores e fornecedores.

Reconhecido que os contratos bancários se subsumem às regras do Código de Defesa do Consumidor, a Súmula se contrapõe à índole protetiva do Códex que, pelo art. 6º, inciso IV, inclui entre os direitos básicos do consumidor a proteção contra “práticas ou cláusulas abusivas”.

Acresce, ainda, que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, conforme prevê o art. 1º do CDC. Por cláusula abusiva entende-se a que impõe excessivo ônus a uma das partes contratantes.

---

<sup>166</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo : Saraiva, 2003. p.110.

A Súmula 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.

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 deveria acontecer como demonstrar-se-á a seguir.

O magistrado pode pronunciar-se de ofício sobre as abusividades das cláusulas em contratos de consumo, necessitando, entretanto observar os limites do julgamento da lide posta sob sua apreciação. Poderá conhecer de ofício as cláusulas abusivas que estiverem em seu bojo, determinando sua ineficácia perante o consumidor.

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.

Deste modo, o conhecimento de ofício pelo magistrado não dá uma decisão extra ou ultra petita. Isso porque o ordenamento jurídico prevê o conhecimento de ofício pelo juiz ou Tribunal em matérias de ordem pública. Assim, não há razão para o juiz não decretar de ofício a nulidade das cláusulas contratuais abusivas.

A decisão que pronuncia de ofício a abusividade das cláusulas constantes nos contratos consumeristas também não ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois nos recursos além de incidir o efeito devolutivo, em que são apreciadas as matérias suscitadas, pode ocorrer o efeito translativo. Logo, é insustentável a alegação de que o Tribunal não pode conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas com base no princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pois quando há matéria de ordem pública, incide o efeito translativo dos recursos.

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



Ademais, há de se observar ainda que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições bancárias, conforme o enunciado 297 da Súmula do Tribunal Superior, editado maio de 2004.

Conforme a posição defendida nesta pesquisa, sobre o equívoco do STJ ao editar a súmula 381, defende Ragazzi:

Neste íterim, qualquer decisão contrária à que foi tomada seria uma afronta à Constituição Federal, levando em consideração o fato de esta ter tutelado, consoante já decorrido, a defesa do consumidor como um direito fundamental do cidadão.<sup>167</sup>

A súmula afronta assim o equilíbrio dos três Poderes, pois o Poder Legislativo, com a incumbência de defender os consumidores, regulamentou o dever do magistrado reconhecer de ofício e a qualquer tempo a nulidade de cláusulas abusivas em todas os contratos de consumo, e o Poder Judiciário, mediante o STJ, reduziu essa garantia em relação aos contratos bancários, que, como visto, também são submetidos ao CDC.

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 não estão.

Há um grande prejuízo para o consumidor, parte mais fraca na relação de consumo, com a permanência do famigerado enunciado, pois é notória a existência de mecanismos processuais que impedem a apreciação de recursos que contrariam entendimentos sumulados.

O enunciado da súmula n. 381, ao criar benefícios às instituições financeiras, em detrimento do consumidor, 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.

---

<sup>167</sup> RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Varbatim, 2010. p. 55.

O posicionamento jurisprudencial e o enunciado sumular acima citado é prejudicial ao consumidor, na medida em que limita a atuação judicial em favor da parte reconhecidamente vulnerável, num contexto em que a especialização de magistrados é requisito da execução da política nacional das relações de consumo.

Ainda que seja possível à parte lesada ingressar com um novo processo no judiciário para discutir tais cláusulas abusivas, isso não pode prevalecer, pois gera um grande prejuízo econômico para o consumidor ter que demandar uma nova ação, arcando com todas as dificuldades e pagamento de despesas processuais e ainda contribui para a morosidade da prestação jurisdicional.

Assim, conclui Trajano sobre a edição da Súmula e sua aplicabilidade:

A Súmula 381 do STJ padece do vício da inconstitucionalidade, pois adotou a linha de pensamento típica do Estado liberal do século XIX, privilegiando o forte, aquele que agiu afrontando o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta do espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais.<sup>168</sup>

As normas contidas no CDC são de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes. Portanto nas relações de consumo o juiz pode apreciar qualquer matéria de ofício, não se operando a preclusão, podendo ser revistas e decididas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

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.

#### **4.4 Possibilidade de alteração da Súmula**

Em que pese o posicionamento da súmula 381 impedir os juízes ou tribunais de reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas em contratos bancários uma decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sinaliza que esse entendimento pode estar em vias de mudança.

---

<sup>168</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor/vol. 2. Abr, 2011 p. 149.

Em julgamento realizado em junho de 2017, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino defendeu a mudança da regra. Relator do recurso especial 1.465.832/RS<sup>169</sup>, em que o assunto é debatido, Sanseverino ressaltou a importância de não impedir que os juízes de primeiro e segundo graus exerçam “seu dever de se pronunciar ex officio sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo, cuja nulidade de pleno direito é expressa no CDC”.

No caso enfrentado pelo recurso especial, o Banco Fiat recorria de acórdão proferido pela 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de um consumidor que ajuizou ação de revisão contratual contra o banco, alegando ter firmado um contrato de financiamento de veículo automotor mediante formulário de adesão.

O Magistrado de primeiro grau declarou de ofício a nulidade da cobrança da TAC, da TEC e das despesas com formalização, regularização e registro do contrato e da cláusula que autorizou a emissão de nota promissória, bem como do próprio título.

O TJRS em sessão de julgamento no ano de 2008 afastou a pactuação dos juros remuneratórios e da capitalização mensal, reduzindo a multa de 10% para 2% ao mês, admitindo a repetição do indébito e, de ofício, determinou que o valor residual garantido (VRG) fosse restituído imediatamente ao arrendatário e deu parcial provimento ao recurso de apelação do banco, declarando a validade da nota promissória emitida em garantia do débito. Mantidas, no mais, as vedações à cobrança de tarifas administrativas (TAC e TEC) e da comissão de permanência.

Em sessão de reexame de acórdão ocorrida apenas em 2014, em razão da suspensão do processo, por ter contrariado a orientação do STJ recém editada, os desembargadores mantiveram sua decisão.

Em seu Recurso Especial o banco alegou que a declaração de ofício pelo tribunal da nulidade de cláusulas contratuais era incabível em face da ausência de pedido da parte e que deveriam ser observados os os princípios da *non reformatio in pejus* e *tantum devolutum quantum apeellatum*, exegese do art. 515 do CPC, antes ainda da edição da súmula. E defendia a legalidade do valor residual garantido e a legitimidade da emissão de título de crédito em garantia e demais taxas e tarifas.

---

<sup>169</sup> STJ - REsp nº 1465832 / RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 06/06/2017.

Discutia-se assim a possibilidade de o juiz ou tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais em negócios jurídicos de consumo (art. 51 do CDC) em relação a contratos bancários sobre a vedação da possibilidade de ser reconhecida de ofício a abusividade de cláusulas abusivas objeto da Súmula 381.

O Ministro relator entendeu inicialmente que a existência do enunciado sumular não impedia que a matéria continuasse a ser submetida a Corte mediante recursos especiais, afetando o tema:

A existência do enunciado sumular não impede, porém, que a matéria continue a ser submetida a esta Corte mediante recursos especiais. Assim, tendo em vista a multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte com fundamento em idêntica controvérsia, afeto à SEGUNDA SEÇÃO o julgamento do presente recurso para, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidar o entendimento sobre as seguintes questões jurídicas: "Possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais".<sup>170</sup>

Com este entendimento o Ministro sugeriu ainda a alteração do enunciado sumular:

Em face das reformas processuais previstas no novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor em março de 2016, será sugerida a alteração da redação do enunciado sumular para os seguintes termos: "Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição".<sup>171</sup>

No caso concreto, a súmula não foi afastada e foi mantida a orientação do tribunal. Mas ao longo de todo o voto o ministro falou na necessidade de o STJ revisar sua orientação. É que, segundo ele, o CDC diz que suas normas são de ordem pública, o que significa poder ser conhecido pelo juiz sem a necessidade de alegação da parte, como explicou o relator:

A Súmula 381/STJ contraria frontalmente o sistema principiológico que se estabeleceu no Brasil após a Constituição Federal de 1988, pois, como visto, vedou aos juízes de primeiro e segundo graus o exercício do seu poder-dever de se pronunciar ex officio sobre cláusulas abusivas em

---

<sup>170</sup> STJ - REsp nº 1465832 / RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 06/06/2017.

<sup>171</sup> STJ - REsp nº 1465832 / RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 06/06/2017.

contratos de consumo, cuja nulidade de pleno direito é expressa no CDC.<sup>172</sup>

Assim, de acordo com a decisão proferida, a possibilidade de atuação de ofício dos julgadores, ao se depararem com cláusulas prejudiciais ao consumidor, não é incompatível com os direitos e garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A tese sugerida pelo ministro tem a seguinte redação:

Nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade de cláusula abusiva em primeiro e segundo grau de jurisdição, respeitados o contraditório e a ampla defesa.<sup>173</sup>

A proposta de revisão futura do tema foi embasada, sobretudo, no novo Código de Processo Civil, que deve ser interpretado, segundo o relator, em consonância com o sistema constitucional e legal de proteção do consumidor, especialmente no que se refere à norma contida no artigo 10, que fala sobre normas de ordem pública dentro do processo civil, que abaixo se destaca:

O juiz não pode decidir em grau algum de jurisdição com fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.<sup>174</sup>

Assim, o juiz pode conhecer de matérias de ordem pública, mas não sem antes dar oportunidade de as partes se manifestarem, com o intuito de evitar uma decisão surpresa.

Este juízo é defendido também por Luiz Guilherme Marinoni em sua obra:

A um sistema que objetiva preservar a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do Judiciário, não basta afirmar que o juiz somente pode proclamar as palavras da lei e está impedido de exercer imperium. É fundamental, nessa linha, impedir julgamentos fundados em verossimilhança, ou em parcela das provas que podem ser produzidas. Se a sentença do juiz deveria conter as palavras da lei, e a decisão tomada com

---

<sup>172</sup> STJ - REsp nº 1465832 / RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 06/06/2017.

<sup>173</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial. Brasília: Senado, 1988.

<sup>174</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial. Brasília, 16 de março de 2015.

base em parcela das provas (verossimilhança) pode, por lógica, ser afirmada em contrário quando todas as provas tiverem sido produzidas, a contradição entre a admissão da tutela antecipatória e a idéia de que o juiz deve pronunciar as letras da lei é evidente. Isso pela razão de que, se a lei é uma só, não poderiam existir dois juízos em relação a ela.<sup>175</sup>

Dessa forma o novo CPC trouxe uma saída intermediária para essa discussão a respeito da Súmula 381. Ou seja, da possibilidade de conhecer de ofício após dar a oportunidade para as partes se manifestarem.

A decisão sobre a abusividade de cláusula contratual é possível, ao tribunal recursal, em razão da autorização e da determinação que a ele é imposta pelo efeito translativo do recurso, previsto no artigo 933 do novo CPC:

Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias.<sup>176</sup>

Assim, a proposta de alteração do texto chegou a ser afetada como repetitivo pelo Relator para análise da 2ª Seção, mas a tentativa fracassou em razão de uma questão de ordem levantada pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que foi acolhida pela maioria dos integrantes do colegiado que reúne as duas turmas de direito privado.

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva fez a ressalva de que as teses jurídicas assentadas no julgamento de casos repetitivos não são imutáveis, mas disse que não se pode esquecer que o próprio CPC/2015 criou mecanismos mais rígidos para a modificação da jurisprudência já consolidada no âmbito dos tribunais, referente ao artigo 927 do novo CPC, segundo o qual a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A crítica do Ministro se deu pelo fato de a proposta de revisão da súmula 381 vir estampada na ementa da decisão, criando assim a “falsa impressão de que já existe consenso entre os julgadores acerca da interpretação sugerida pelo relator,

---

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.44.

<sup>176</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial. Brasília, 16 de março de 2015.

não sendo esse, contudo, o momento apropriado para se promover uma discussão mais aprofundada a respeito do tema”.

Ocorre que é bastante clara a discricionariedade tolerada por boa parte da doutrina processualista pode ser retirado da obra de Cândido Rangel Dinamarco, ancorado em Liebman, para quem:

Com razão, os tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes no tocante ao grau de pormenorização a que deve chegar a motivação da sentença. Afinal, como disse Liebman e tenho a oportunidade de lembrar tantas vezes, “as formas são necessárias, mas formalismo é uma deformação”. Com essa premissa antiformalista entende-se que se toleram na sentença eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não-essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa.<sup>177</sup>

Na obra de Ernane Fidélis dos Santos também é possível verificar as consequências dessa ideia de discricionariedade no momento do julgamento. Ao referir-se à independência do juiz, alocada em seu manual como uma das garantias da Jurisdição, o referido processualista assim se posiciona:

Para assegurar a imparcialidade do juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei, embora esta procure fazer limitações ao poder de julgar.<sup>178</sup>

A discussão travada entre procedimentalistas e substancialistas avulta em importância quando está em jogo o entendimento a respeito da decisão judicial e a busca de uma resposta correta pelo Poder Judiciário.

Essas ideias de têm por finalidade estabelecer padrões decisórios vinculantes ao julgador, para possibilitar que se possa elaborar uma crítica dos atos judiciais e, de consequência, possa ser operacionalizado um controle efetivo do desempenho dessa função estatal.

---

<sup>177</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1078.

<sup>178</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

Assim, a conclusão para o caso concreto é que foi mantida a jurisprudência. Mas mesmo com as ressalvas, o voto do Ministro Relator ficou com uma parte toda dedicada à fundamentação do porquê a Súmula 381 tem que ser mudada.

Por estes motivos restou instaurada uma dúvida sobre a jurisprudência em permanecer ou não com a súmula e um sinal que o STJ está dando de que a súmula pode estar em processo de revisão porque todas as razões para mudar a súmula estão no voto.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira vista, a relação particular entre consumidor e fornecedor em nada interessaria à sociedade. Ocorre que, quando o fornecedor comete abusos frente ao consumidor, como, por exemplo, quando deixa de consertar o produto vendido com defeito, e não sofre qualquer sanção pela prática abusiva, amanhã, outros consumidores estarão sofrendo os mesmos abusos.

A proteção do consumidor introduzida pela CF/88 no rol de direitos fundamentais ocasionou a edição do CDC como instrumento desta garantia. As normas nele previstas são de ordem pública, interesse social e cogentes. O Código de Defesa do Consumidor é a consagração da proteção ao consumidor no Brasil, e, o Estado, valendo-se da sua posição intervencionista, demonstrou preocupação com a vulnerabilidade do consumidor nas relações econômicas e o reconheceu como a parte mais fraca de uma relação de consumo.

Dessa forma, se o CDC é uma norma de ordem pública e interesse social, que surgiu para conferir e reconhecer os direitos dos consumidores é no mínimo razoável que suas normas sejam então aplicadas aos casos em que o consumidor é ainda mais vulnerável em razão das circunstâncias já expostas.

Sempre que se falar em questão de ordem pública, há que se falar na imposição legal de reconhecimento de eventual nulidade de ofício, pelo juiz. Assim, no caso em que forem inseridas cláusulas abusivas nos contratos bancários, tendo o magistrado conhecimento das mesmas é plausível que ele as possa reconhecer de ofício.

E é esse tipo de pensamentos e atitudes que permeia pela sociedade atualmente, o que deve ser combatido em todas as esferas.

As normas do CDC representam a um só tempo questão de ordem pública e de direito fundamental do consumidor, razão pela qual não podem ser ignoradas pelo magistrado sob a escusa de respeito a formalismos em favor do fornecedor, parte reconhecidamente mais aparelhada da relação e com poder de ditar, unilateralmente, cláusulas em contrato de adesão em face da parte reconhecidamente vulnerável da relação e quando é, como de fato é, direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos.

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.

É nítido, portanto, que nos contratos de adesão utilizados pelas instituições bancárias surge, com mais evidências, a desigualdade de forças e vulnerabilidade do usuário.

Neste diapasão, tem-se que a Súmula nº 381 ao vedar o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários, afronta diretamente com a proteção tencionada pelo ordenamento brasileiro.

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 consequências, entres as quais, a prevalência de norma processual, exigindo o pedido expresso do consumidor, em relação à norma de direito material e a consequente inaplicabilidade do disposto no artigo 51, do CDC.

Tal posição 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.

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.

Diante da vulnerabilidade do consumidor e da possibilidade da redação contratual ser construída de modo que não se identifique clara e rapidamente a lesão, o próprio CDC permite, sistemicamente, que, apurado na instrução processual, o próprio juiz possa indicar e reconhecer outras cláusulas passíveis de nulidade.

Pensar o contrário pode significar a proteção, absolvição, ou mesmo estímulo de eventual prática abusiva. Ressalte-se que se o contrato está bem redigido, respeitando-se todos as regras do CDC, nenhum prejuízo pode trazer ao fornecedor tal possibilidade de atuação ex officio vez que não teria como se declarar uma nulidade inexistente.

O CDC tem o condão de trazer isonomia à relação de consumo, dada a reconhecida vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Nada mais justo, portanto, que possibilitar o reconhecimento de ofício das cláusulas ditas abusivas, verdadeiro corolário da função social do contrato.

A existência do enunciado sumular não impede, porém, que a matéria continue a ser debatida e a questão consiste na necessidade de revisitar-se o enunciado sumular.

Assim, quando houver duas ou mais interpretações possíveis, o Judiciário deve sempre adotar aquela mais favorável ao consumidor. E 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.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor - São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Vinícius Dória. A súmula vinculante e a Constituição de 1988. Dilemas e contradições. Revista da Escola Superior de Magistratura de Sergipe - Esmese. Aracaju, n. 8, 2005.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria geral do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken de. Comentários ao Código Civil Brasileiro, v. 5: do direito das obrigações / Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade, Francisco Glauber Pessoa Alves; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. - Rio de Janeiro: Forense - 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoé. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial. Brasília, 16 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula297.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf)>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo\\_visualizacao=RESUMO&menu=SIM](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM)>. Acesso em: 28 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2438811/recurso-especial-resp-1061530-rs-2008-011992-4>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1465832 / RS. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 06/06/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401635625&dt\\_publicacao=27/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401635625&dt_publicacao=27/06/2017)>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2591 / DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 29/09/2006. Jus, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855j>>. Acesso em: 21 jun 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito de comercial: direito de empresa. v.1 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo II, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 4 – 5. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n.10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito dos Contratos/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral, 16ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2014.

GIANCOLI, Bruno Pandori. Araújo Jr., Marco Antonio. Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, Elementos do Direito. Volume 16. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, n.45, p.142, jul./set.1988.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo. São Paulo: RT, 1996. p.127.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2006.

MATTIUZO JUNIOR, Alcides; GAGLIARD, Maria Aparecida. A Constitucionalização do Direito Civil e a Nova Ordem Contratual. In FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser (org); RIBEIRO, Maria de Fátima (org). Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Pontes de. Direito das obrigações: negócios jurídicos bancários e de Bolsa, corretagem ... (coleção tratado de direito privado: parte especial; 52)/ Pontes de Miranda; atualizado por Bruno Miragem. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Validade, nulidade, anulabilidade. / Pontes de Miranda; atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte geral; 4) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 3: Contratos. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. 10ª ed. revista, atualizada e reformulada -, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 14 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Contratos bancários e o código de defesa do consumidor: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.591. São Paulo: Lex Editora, 2006.

RAGAZZI, José Luiz. Código de defesa do consumidor comentado. 1. Ed. São Paulo: Editora Varbatim, 2010.

REALE, Miguel. A função social do contrato. Disponível em:<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 10 mar.2018.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Mendlowicz. Contratos Bancários, 4ª edição. Forense, 08/2015.

SILVA, José Anchieta da. A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro. Belo Horizonte: Dei Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo; 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do consumidor. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor/vol. 2. Abr, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.