

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIRETO**

**Daniel Neves Pereira**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DAS  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS APÓS O ADVENTO DA SÚMULA Nº 381 DO STJ**

**Porto Alegre  
2013**

**Daniel Neves Pereira**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DAS  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS APÓS O ADVENTO DA SÚMULA Nº 381 DO STJ**

**Monografia de conclusão do curso de  
Especialização de Direito do Consumidor e  
Direitos Fundamentais**

**Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt**

**Porto Alegre  
2013**

## RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar o impacto da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro. Muito mais do que apenas aceitar ou negar seu conteúdo, o presente estudo busca adequar o enunciado da Súmula ao direito vigente. Inicialmente, o trabalho analisa o conceito de cláusulas abusivas, bem como o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência antes e depois da Súmula. Na sequência, diante da identificação de duas diferentes estruturas de normas jurídicas que conceituam as cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor (normas casuísticas e cláusula geral), busca-se compreender as diferentes formas de atuação do juiz na interpretação dessas normas (subsunção e concreção) e, conseqüentemente, passa-se a identificar os limites do magistrado em cada um desses processos. Identificados os limites do juiz, o estudo propõe a existência de duas categorias de cláusulas abusivas: as normas casuísticas, que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado; e a cláusula geral, que não pode ser conhecida de ofício. Por fim, em atenção a esta diferença, é sugerida uma nova redação para a Súmula nº 381 do STJ.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Cláusulas Abusivas. Súmula nº 381 do STJ. Conhecimento de ofício. Contratos Bancários. Nulidade de Pleno Direito. Cláusulas Gerais. Subsunção. Concreção. Processo Civil. Limites do Juiz.

## **ABSTRACT**

This monograph aims to analyze the impact of Precedent nº 381 of the Superior Court in the Brazilian legal system. Much more than just accept or deny its contents, this study seeks to adapt the Precedent to the current law. Initially, the work examines the concept of abusive clauses, as well as the treatment given by doctrine and jurisprudence before and after Precedent. Further, due to the identification of two different structures of legal rules, conceptualize abusive clauses in the Code of Consumer (samples and standards general clause), seeks to understand the different forms of action of the judge when interpreting these standards (subsumption and concretion) and hence passes to identify the boundaries of magistrate in each of these processes. Identified the limits of the judge, the study proposes the existence of two categories of abusive clauses: casuistic rules, which may be known by craft by the magistrate, and the general clause can not be known craft. Finally, aware of this difference, we suggest a new wording for Precedent nº 381 of the STJ.

**Keywords:** Consumer Law. Unfair terms. Precedent nº 381 of the STJ. Knowledge by craft. Bank Contracts. Full invalidity of law. General Clauses. Subsumption. Concretion. Civil Procedure. Judge Limits.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DISPENSADO ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DO CDC À SÚMULA Nº 381 DO STJ.....</b>	<b>9</b>
1.1 CONCEITO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	9
1.2 A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM O ADVENTO DO CDC.....	15
1.3 A IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS COM O ADVENTO DA SÚMULA Nº 381 DO STJ.....	21
<b>2 A SISTEMATIZAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 381 FRENTE AOS LIMITES DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>26</b>
2.1 O SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC: NORMAS CASUÍSTICAS E CLÁUSULAS GERAIS.....	26
2.2 A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS: SUBSUNÇÃO OU CONCREÇÃO? .....	33
2.3 OS LIMITES DO JUIZ NO PROCESSO DE CONCREÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS.....	37
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	51

## INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, surgiu no ordenamento jurídico pátrio como a concretização do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal, que estabelece a promoção dos direitos do consumidor por parte do Estado. Esta legislação, dentre as mais diversas formas de direitos e garantias conferidos à parte vulnerável da relação de consumo, possui regulamentação no que diz respeito aos contratos de consumo, com evidente destaque ao tratamento das cláusulas abusivas.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, o direito brasileiro não conhecia o instituto das cláusulas abusivas, sendo o ato ilícito civil seu mais próximo conceito, porém sem integral identidade. Todavia, após seu surgimento, a defesa do consumidor contra as cláusulas abusivas passou a ser um dos mais contundentes instrumentos Código e, por consequência, teve larga aplicação nas demandas que aportam ao Poder Judiciário. O caráter cogente, de ordem pública, conferido ao Código de Defesa do Consumidor, na forma de seu artigo 1º, aliado à sanção de nulidade de pleno direito conferido pelo seu artigo 51, permitiram a utilização de tal instituto nos mais diferentes contratos de consumo – dentre os quais os contratos bancários, por força do art. 3º, § 2º – e inclusive, com análise de ofício por parte dos juízes de primeiro e segundo graus.

Esta realidade perdurou até o repentino surgimento do enunciado da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, qual seja: “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” Assim, tal qual um baque, de um momento para outro, desacompanhado de uma ampla discussão, o Tribunal responsável por zelar pela uniformidade de interpretações da legislação

federal brasileira passou a vedar a atuação de ofício dos magistrados frente às cláusulas abusivas, aparentemente ignorando o caráter cogente e de ordem pública conferido ao CDC, o que causou o rechaço da quase totalidade dos doutrinadores de Direito do Consumidor.

Este trabalho tem por objetivo sistematizar o enunciado da Súmula no ordenamento jurídico brasileiro. Muito mais do que apenas aceitá-lo cegamente ou do que rechaçá-lo bruscamente, o estudo objetiva compreender as razões de edição da Súmula e enquadrá-la dentro do sistema jurídico pátrio. Para tanto, é proposta uma reflexão sobre conceitos de direitos materiais e processuais a fim de se atingir a conclusão desejada.

Para tanto, a fim de conhecermos a evolução do tratamento dispensado às cláusulas abusivas, o primeiro capítulo é subdividido em três subcapítulos: o primeiro deles abordará o conceito de cláusulas abusivas; o segundo analisará o tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência entre o advento do CDC e a Súmula 381; e o terceiro fará tal análise doutrinária e jurisprudencial no período subsequente ao advento da referida Súmula.

Na sequência, uma vez analisado o conceito de cláusulas abusivas, bem como o tratamento dispensado a elas com o advento do CDC e após o advento da Súmula nº 381, o presente estudo busca, no segundo capítulo, a sistematização do enunciado da Súmula, a fim de permitir sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, o segundo capítulo também é subdividido em três: no primeiro subcapítulo busca-se, inicialmente, fazer uma análise da estrutura das normas jurídicas que apontam as cláusulas abusivas no CDC, diferenciando as normas casuísticas da cláusula geral de abusividade; no segundo, identificada a diferença

entre a estrutura das normas jurídicas e a existência de uma cláusula geral de abusividade (art. 51, inc. IV, do CDC), passa-se a tecer considerações sobre a forma de interpretação e aplicação das cláusulas gerais, quando se mencionará os processos de subsunção e de concreção; no terceiro, identificando a atividade de concreção como aquela ligada à hipótese do inciso IV do artigo 51 do CDC, objetiva-se esclarecer os limites do juiz neste labor.

Por fim, em conclusão, faz-se uma recapitulação sobre as conclusões parciais do estudo a fim de se propor, mais do que uma mera aplicação parcial do enunciado da Súmula nº 381 do STJ, uma nova redação mais adequada ao sistema jurídico pátrio.

## **1 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DISPENSADO ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DO CDC À SÚMULA Nº 381 DO STJ.**

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a criação do conceito de cláusulas abusivas e sua aplicação no âmbito contratual podem ser indicados como uma das mais importantes medidas no que diz respeito à proteção do consumidor. Tal afirmação se pauta no fato de que tais cláusulas foram reputadas nulas de pleno direito e, portanto, com consequências, relevantes no que diz respeito à validade de sua aplicação no contrato de consumo.

Todavia, muito embora com o advento do CDC sua aplicação tenha sido largamente difundida no meio jurídico como questão de ordem pública, cuja análise seria de ofício pelo juiz diante do caso concreto, o advento da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça alterou esta realidade ao estabelecer em seu enunciado uma limitação da possibilidade do conhecimento de ofício de tais cláusulas por parte do julgador.

Assim, a fim de conhecermos a evolução do tratamento dispensado às cláusulas abusivas, este primeiro capítulo abordará inicialmente o seu conceito para, então, analisar o tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência em dois momentos bem definidos: entre o advento do CDC e a Súmula nº 381 e; após o advento da referida Súmula.

### **1.1 CONCEITO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Desde sua denominação mais comum, Código de Defesa do Consumidor (CDC), e já na norma positivada em seu primeiro artigo, a Lei nº 8.078 de 11 de

setembro de 1990, faz transparecer seu caráter protetivo. Caráter este que tem origem em normas constitucionais, em especial a do artigo 5º, inciso, XXXII, da Constituição Federal, que arrola dentre os direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor por parte do Estado. Mas a Constituição faz referência, ainda, à defesa do consumidor no seu art. 170, inciso V, quando arrola os princípios gerais da atividade econômica, bem como no art. 48 de suas Disposições Transitórias, do que se detrai a preocupação do legislador constitucional em estabelecer um novo patamar às relações de consumo pós 1988.

O Código de Defesa do Consumidor, com a configuração dada pelas normas constitucionais acima apontadas, não se trata propriamente de um código do consumo, que identifica objetivamente um tipo de relação jurídica presente na sociedade e busca regulá-las. Trata-se, sim, de um código que dissecou subjetivamente a relação jurídica e identificou a figura do consumidor como merecedor de proteção, passando a regular a relação de consumo a partir da ideia de defesa do sujeito “consumidor”. Sobre esta característica do Código Brasileiro, Marques e Turkienicz afirmam que:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é um Código de 'consumo', como a consolidação legal francesa denominada *Code de la Consommation*, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como a lei alemã de 1976”<sup>1</sup>.

E tal identidade com o sujeito consumidor não se deu de forma fortuita. Houve, por parte do legislador constitucional, atenção a uma das características do sujeito de direitos consumidor quando diante de uma relação de consumo: a sua

---

1 MARQUES, Cláudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka Vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, out-dez 2000. p. 236

vulnerabilidade. A vulnerabilidade, que está descrita já no art. 4º, inc. I, do CDC quando arrola os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, não tem sua previsão expressa na Constituição Federal. Porém, é inarredável o fato de que ainda por parte do legislador constitucional houve a identificação da vulnerabilidade como uma das características do sujeito de direitos “consumidor”, já que há menção naquele texto – agora de forma expressa<sup>2</sup> – à necessidade de defesa ou proteção deste sujeito. Ora, quem merece tal atenção do constituinte é porque se caracteriza como o lado fraco de uma relação, encontra-se em posição vulnerável frente a outrem, no caso específico, o fornecedor. Trata-se, portanto, de um princípio implícito da Constituição Federal e que irradiou efeitos na legislação consumerista, mais claramente pela gama de normas protetivas que estabeleceu em prol do sujeito de direitos “consumidor”.

Dentre as diversas normas que prevêm a proteção do consumidor, para os fins específicos deste trabalho, tenho por destacar a prevista no art. 6º, inc. IV, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - **a proteção contra** a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e **cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (grifo nosso)

A proteção contra cláusulas abusivas é prevista no artigo ao lado da proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 36 e seguintes do CDC) e das práticas abusivas (art. 39 e seguintes do CDC), e diz respeito ao capítulo da proteção contratual, cuja regulação no CDC encontra-se a partir de seu artigo 46, mas com ênfase na seção específica contida nos arts. 51 a 53 do referido Código. E, pelo que se denota da escolha do legislador brasileiro, antes da indicação do que se entende

<sup>2</sup> Art. 5º, inc. XXXII; art. 170, V; art. 48 da ADCT.

por cláusula abusiva, houve a determinação de quais são os seus efeitos – nulidade de pleno direito – com a descrição de um rol exemplificativo de cláusulas de forma casuística (incisos I a III e VI a XVI do art. 51 do CDC), além da indicação de uma cláusula geral prevista no inciso IV do referido artigo 51, somado ao conteúdo de seu parágrafo primeiro.

Assim, antes de propriamente estabelecermos uma diferença de tratamento jurídico-interpretativo para as cláusulas abusivas previstas em normas casuísticas e as decorrentes de cláusula geral, é necessário que entendamos o que torna uma cláusula abusiva e, por corolário legal, nula de pleno direito.

Bruno Miragem faz uma separação dos conceitos de abuso/abusividade no direito civil e no direito do consumidor, especialmente no que diz respeito aos sujeitos que merecem a proteção. Afirma o autor que “no direito civil, a finalidade do instituto do abuso do direito dirige-se à proteção do equilíbrio dos interesses das partes de uma determinada relação jurídica”, enquanto que no direito do consumidor o abuso/abusividade fundamenta-se no *status* constitucional do consumidor e na presunção jurídica da sua vulnerabilidade, caracterizando-se pelo “abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes”. Assim, conclui o autor, que uma cláusula considerada abusiva em um contrato de consumo pode ser perfeitamente válida em um contrato civil (entre iguais), justamente porque neste último não há a presunção de vulnerabilidade<sup>3</sup>.

Daniela Moura Ferreira, por seu turno, utiliza-se de um critério genérico para a caracterização da abusividade de uma cláusula, identificando-o como o

---

3 MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, 2009. pp. 45-8.

“desequilíbrio significativo que sua inserção exerce na relação jurídica”. Segundo a autora, tal desequilíbrio ofende princípios fundamentais do sistema jurídico, altera a natureza do contrato, ameaça o seu objeto e é excessivamente onerosa para o consumidor.<sup>4</sup>

Ruben Stiglitz encontra na Diretiva 93-13 da Comunidade Econômica Europeia um conceito que, ao seu juízo, melhor traduz a cláusula abusiva:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese las exigencias de la buena fe, causan em detrimento del consumidor un desequilibrio impovente entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”<sup>5</sup>.

Percebe-se, portanto, que ainda que o legislador brasileiro não tenha firmado um conceito de cláusula abusiva, é justamente quando menciona a cláusula de caráter geral que se aproxima de uma conceituação. Neste sentido, no inciso IV do artigo 51, apresenta-se a abusividade quando há o estabelecimento de obrigações iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou equidade. Ademais, no parágrafo primeiro do artigo 51, presume-se a existência da vantagem exagerada quando há ofensa a princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, restrição a direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual e se há onerosidade excessiva para o consumidor, em observância à natureza e conteúdo do contrato, interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso.

---

4 FERREIRA, Daniela Moura. O contrato de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 47. p. 173.

5 STIGLITZ, Ruben S. Clausulas abusivas y control jurisdiccional de la administración, estado de situación en Argentina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p. 260.

Trata-se, portanto, de uma proteção ao consumidor que é realizada depois da formação do contrato, caracterizando-se como uma relativização do tradicional princípio contratual do *pacta sunt servanda*, que estabelecia a imutabilidade das cláusulas contratuais livremente pactuadas. Relativização esta que tem por origem o caráter de ordem pública e interesse social preconizados no art. 1º do CDC, que tornam inegociáveis e inafastáveis as normas de defesa do consumidor, diante de seu caráter cogente. Tal característica impede que o próprio consumidor venha a dispensar o efeito de nulidade de pleno direito conferido a uma cláusula abusiva, diante da presunção de sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Então, cláusula abusiva é nula de pleno direito. Porém, o que isto significa?

A expressão nulidade de pleno direito ingressou no direito pátrio juntamente com o advento do próprio Código de Defesa do Consumidor e veio a inovar nosso sistema jurídico de nulidades que até então conhecia apenas as nulidades relativas (anulabilidades) e nulidades absolutas<sup>6</sup>. E, diante das características conferidas ao

---

6 Sobre nulidade absoluta, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “é nulo o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal [...]. Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo, abandonando o princípio que o velho direito francês enunciava – ‘pas de nullité sans grief’. Inspirou-se, ao revés, no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que tem este caráter, e, por esta mesma razão, legitimou para argüi-la, qualquer interessado, em seu próprio nome, ou o representante do Ministério Público em nome da sociedade que, *ex officio* representa. E mais longe foi [...] determinando a sua declaração por via indireta, de vez que, sem a propositura de ação cujo objetivo seja o seu decreto, deve o juiz pronunciá-la quando tiver oportunidade de tomar conhecimento do ato ou de seus efeitos”. Por outro lado, sobre anulabilidade (nulidade relativa), o autor afirma que “não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento [...]. Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados. O ato é imperfeito, mas não tão grave nem profundamente defeituoso, como nos casos de nulidade, razão pela qual a lei oferece ao interessado a alternativa de pleitear a obtenção de sua ineficácia, ou deixar que os seus efeitos decorram normalmente, como se não houvesse irregularidade”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 632-640.

Código de Defesa do Consumidor, em especial pelo seu artigo primeiro, no sentido de que suas normas são de ordem pública e interesse social, ou seja, de caráter cogentes, inafastáveis, construiu-se pela doutrina a identidade da nulidade de pleno direito com a nulidade absoluta prevista no direito civil.

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia:

“a doutrina consumerista interpreta a expressão 'nulas de pleno direito' como sinônima de nulidade absoluta, não somente em razão do art. 166, VII, do CC (aplicação do diálogo de fontes entre o CDC e o CC), mas principalmente em consideração do caráter da tutela instituída no art. 1º do CDC: 'de ordem pública e interesse social'.”<sup>7</sup>

Cabe, ainda, trazer à tona menção de Cláudia Lima Marques, que iguala a nulidade de pleno direito à nulidade absoluta afirmando que “as normas do CDC são de ordem pública e origem constitucional, de onde se retira que a nulidade de pleno direito aqui deve ser interpretada como nulidade absoluta cominada.”<sup>8</sup>

## 1.2 A POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM O ADVENTO DO CDC

Uma vez definido pela doutrina o significado da expressão “nulidade de pleno direito” previsto no caput do art. 51 do CDC pela identificação com nulidade absoluta do direito civil, predominou o entendimento doutrinário acerca da possibilidade do conhecimento de ofício da abusividade das cláusulas nos contratos de consumo. Este movimento, diga-se de passagem, teve origem, ainda na própria inovação

---

7 GARCIA, Leonardo de Medeiros apud CABRAL, Hildeliza L. T. Boechat. Contratos Consumeristas: As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, dez. 2010. p. 54.

8 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 943.

legislativa nascida com o advento do CDC no ano de 1990.

Até então os contratos em geral eram regidos pelas tradicionais normas do direito civil, em especial porque àquele tempo vigia o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16). Neste contexto, portanto, ainda possuía força predominante na interpretação dos contratos o princípio régio acerca da imutabilidade das avenças, o *pacta sunt servanda* que, segundo Miguel Lopes, tornou-se evidente com o advento do Código Napolêônico, que equiparou o contrato à lei quanto à sua força obrigatória, trazendo até os tempos atuais a noção de que “o contrato faz lei entre as partes”.<sup>9</sup>

Todavia, diante das necessidades trazidas pela sociedade pós-moderena, que, em especial nas últimas décadas do século XX, começou a apresentar características de globalização, fragmentação e de consumo massificado<sup>10</sup>, a doutrina e a jurisprudência iniciaram um movimento de identificação de novos princípios para o direito em geral, em especial para o direito das obrigações, tais como a função social do contrato e a boa-fé objetiva<sup>11</sup>. Mais adiante, contudo, diante

---

9 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes das obrigações: contratos**. v.3. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

10 Segundo Cláudia Lima Marques, “em tempos pós-modernos, de fragmentação, catividade, distância, desconstrução e aproximação do Espaço-Tempo que conhecemos mister renovar a dogmática. Tempos de serviços valorizados e virtuais, de produtos imateriais e de valorização da qualidade, tempos de crédito em abundância e de riscos aumentados de uma economia global, o consumo tem também um valor simbólico, que o Brasil descobre cada vez mais”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 17.

11 De acordo com Judith Martins Costa o princípio da boa-fé objetiva, ainda que não previsto expressamente no Código Civil de 1916, vinha sendo utilizado pela jurisprudência gaúcha, como se fosse previsto, porém com as dificuldades inerentes da inexistência de codificação. Sustentou a autora que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva teve como fundamento a visualização da relação obrigacional como uma 'totalidade concreta', trazida para os foros gaúchos pela obra de Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 382.

da larga utilização de tais princípios, bem como das satisfatórias respostas que eles trouxeram às novas necessidades acerca das relações obrigacionais, eles passaram por um movimento de posituação. E, neste contexto, o CDC surge como um instrumento de concretização da boa-fé e da função social do contrato, ainda que não mencionando este último expressamente na legislação, como acabou sendo feito mais de uma década depois pelo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), em seus artigos 421 e 422.

O CDC contemplou o princípio da boa-fé expressamente quando arrolou os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo em seu artigo 4º, inc. III, bem como no artigo 51, inc. IV, verdadeira regra geral acerca das cláusulas abusivas, como se verá mais adiante. O CDC também contemplou, ainda que implicitamente, o princípio da função social do contrato, conforme se pode depreender da expressão trazida por seu art. 1º, no sentido de ressaltar o interesse social de suas normas, aliado com o art. 51, § 2º, que evidencia o esforço para manutenção do contrato, ainda que identificadas nulidades de algumas cláusulas. Tal esforço de para manter hígida a essência da contratação tem por fundamento a identificação da importância social dos contratos de consumo, tanto para o movimento da economia, como para a própria satisfação das necessidades dos cidadãos.

Assim, nesse novo contexto jurídico e social, e no afã de aplicar tão moderna legislação que permitiria – agora de forma legal – a relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, em nome de princípios tão caros como a boa-fé e a função social do contrato, aliado ao preceito do artigo 51, *caput*, do CDC que prescreve nulidade absoluta às cláusulas abusivas, bem como ao fato de o Código revestir-se do caráter de norma de ordem pública, nos termos do art. 1º, do CDC, os intérpretes e aplicadores do direito reconheceram sem maiores questionamentos a

possibilidade de conhecimento de ofício da abusividade das cláusulas em contratos de consumo.

Bruno Miragem aponta que a norma do art. 51 do CDC determina, para os contratos de consumo, espécies de conformação da autonomia negocial do consumidor, restringindo a validade jurídica de suas declarações em face do caráter de ordem pública que possui o CDC, justamente para tornar inafastáveis suas normas de proteção, ainda que por acordo entre as partes.<sup>12</sup> Além disso, o autor refere que a nulidade de pleno direito tem por sentido a proteção da autoridade do direito, cabendo ao juiz conhecer de ofício tal vício e aplicar a sanção.<sup>13</sup>

Cláudia Lima Marques identifica como três os elementos que permitem a declaração de ofício da nulidade das cláusulas abusivas: a) a natureza de ordem pública das regras sobre abuso de direito contra consumidores; b) a natureza de nulidade de caráter absoluto; c) a função social dos contratos de consumo, e afirma que, por se tratar de nulidade absoluta, de proteção dos vulneráveis, é “regra imperativa e indisponível, que não pode ser sanada, seja pelas partes, seja pela passagem do tempo”. E, por fim, conclui que “a nulidade é declarada (eficácia declarativa do ato do julgador), quando é identificada pelo juiz, mesmo que não tenha sido identificada pelo advogado do consumidor ou mesmo pelo consumidor que atua sem advogado nos JECs.”<sup>14</sup>

No mesmo sentido, mas já ressaltando o caso dos contratos bancários após

---

12 MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, 2009. p. 42.

13 MIRAGEM, Bruno, *op cit.*, pp. 77.

14 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 955-956.

o advento da Súmula nº 381 do STJ, Hideliza Cabral defende a possibilidade de conhecimento de ofício da abusividade de cláusulas contratuais, ao afirmar que:

Não se pode esquecer que o julgador – ao analisar um contrato de consumo, no qual não figure um banco com a finalidade de verificar a questão provocada pela outra parte e se perceba a existência de uma cláusula abusiva não apontada pela parte – pode o juiz anulá-la independentemente de pleito da parte prejudicada, isso porque lhe cabe reconhecer de ofício a abusividade e retirá-la do contrato, por ser nula de pleno direito, conservando os demais termos e cláusulas contratuais.<sup>15</sup>

Neste sentido, também, comportou-se a jurisprudência até o advento da Súmula nº 381 do STJ. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tomado aqui como parâmetro de pesquisa, por sua tradição em revisar contratos bancários, em reiteradas decisões, afirmou que, em se tratando de “aplicar as normas do CDC, norma de ordem pública, é possível o reconhecimento de cláusulas abusivas, até mesmo de ofício e em qualquer grau de jurisdição, não havendo falar-se em sentença *extra-petita*;<sup>16</sup> ou, ainda, que “constatada a existência de cláusulas contratuais abusivas, nulas de pleno direito, por violarem o Código de Defesa do Consumidor (CDC), é cabível [...] a revisão do contrato, mesmo de ofício, para apuração do montante da dívida e do saldo;<sup>17</sup> finalmente, para corroborar:

15 CABRAL, Hideliza L. T. Boechat. Contratos Consumeristas: As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, dez. 2010. p. 55.

16 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70007881089. Relator Mário Lopes Rocha Filho. 01 abr. 2004. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70007881089&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70007881089&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 12 dez. 2012.

17 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001909290. Relator Marco Antônio Bandeira Scapini. 18 out. 2001. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001909290&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribuna%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001909290&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribuna%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 12 dez. 2012.

Tratando-se de nulidade de pleno direito, diante do que dispõem as normas do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se o reconhecimento pelo juiz, independentemente de alegação das partes, como preceitua o parágrafo único do artigo 146 do Código Civil, afastando-se, de ofício, a abusividade da cláusula.<sup>18</sup>

E neste sentido, cabe trazer exemplos da jurisprudência dominante no próprio Superior Tribunal de Justiça, antes da edição de sua Súmula nº 381. Encontravam-se em seus julgados as seguintes afirmações: “não haverá julgamento *extra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC);”<sup>19</sup> bem como que “a jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública;”<sup>20</sup> ou, por fim, que “não prospera a questão federal atinente aos arts. 128, 460, 512 e 515 do CPC, porque esta Corte tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC.”<sup>21</sup>

---

18 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70004361291. Relator João Armando Bezerra Campos. 19 dez. 2002). Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70004361291&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribuna%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70004361291&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribuna%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 12 dez. 2012.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1013562/SC. Relator Ministro Castro Meira. 07 out. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário. Brasília, 05 nov. 2008.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 540947/RS. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 28 set. 2004. Diário da Justiça, Poder Judiciário. Brasília. 06 dez. 2012. p. 288.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 677106/RS. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 07 dez. 2004. Diário da Justiça, Poder Judiciário. Brasília, 01 fev. 2005. p. 579.

### 1.3 A IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS COM O ADVENTO DA SÚMULA Nº 381 DO STJ.

Não obstante a realidade descrita no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça publicou em 05 de maio de 2009 sua Súmula de nº 381, com o seguinte enunciado: “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

A edição desta Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, colocou em polvorosa a comunidade jurídica. Em primeiro lugar porque que pareceu fazer *tabula rasa* com o entendimento sustentado e defendido quase sem oposição por quase duas décadas de que o Código de Defesa do Consumidor, por ser norma de caráter cogente, de ordem pública, permitiria o conhecimento de ofício da abusividade de cláusulas e, por consequência, o afastamento desta cláusula por parte do magistrado, independentemente de pedido da parte. Em segundo lugar porque, a despeito do conteúdo da norma do art. 3º, § 2º, do CDC, diferenciou os contratos bancários dos demais contratos de consumo, criando uma espécie distinta, não sujeita à análise da abusividade de suas cláusulas de ofício, sem, contudo, maior fundamentação jurídica. Diante disso, a primeira reação à Súmula nº 381 por parte da doutrina foi de total rechaço.

Cláudia Lima Marques é taxativa ao sustentar a inconstitucionalidade da Súmula. Afirma a autora que a vedação determinada ao julgador retira efeito de um direito fundamental protetivo previsto no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição, bem como cria um privilégio aos bancos, em desatenção, inclusive à decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, que apregoa a

aplicação do CDC aos contratos bancários.<sup>22</sup>

Bruno Miragem defende que a Súmula nº 381 do STJ demonstra-se “contraditória com o sistema de nulidades e a própria jurisprudência pretérita do tribunal” gerando, injustificadamente, uma espécie de “imunidade’ ao controle das cláusulas abusivas dos contratos bancários.” E, em acréscimo, sustentou que a mencionada súmula “está em contradição com o art. 51 do CDC” e com “o sistema de nulidades construído pelo direito brasileiro.”<sup>23</sup>

Hideliza Cabral aponta a edição da Súmula nº 381 do STJ como um retrocesso à defesa do consumidor, tachando, assim como Cláudia Lima Marques, de inconstitucional o seu conteúdo. Afirmou a autora que:

A edição do nº 381 da Súmula do STJ gerou grande discussão em torno de sua constitucionalidade, já que afronta a principiologia do CDC, que tem inspiração constitucional, com a aspiração da mais ampla defesa do consumidor. Afronta, ainda, que já explicado, a legalidade, uma vez que se rompem fundamentais princípios do direito conferido ao consumidor, especificados na própria Lei nº 8.078/90, apresentados neste ensaio, como o da interpretação mais favorável ao consumidor, vulnerabilidade, isonomia nas contratações, boa-fé, proibição de cláusulas abusivas (este, por excelência), acesso à justiça e modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais.<sup>24</sup>

Por fim, Guilherme Resende Christiano, atenta para o fato da inexistência de justificativa plausível para a discriminação feita aos contratos bancários com relação

---

22 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 940.

23 MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, 2009. pp. 76-77.

24 CABRAL, Hideliza L. T. Boechat. Contratos Consumeristas: As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, dez. 2010. p. 58.

aos demais contratos de consumo, em especial porque vai de encontro à decisão da ADI 2591, bem como para o fato de que nos precedentes que deram origem ao enunciado da Súmula não se fez ampla discussão acerca da vedação ao conhecimento de ofício da abusividade de cláusulas<sup>25</sup>.

A edição da Súmula nº 381 pelo Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, teve evidente caráter de política judiciária. Isto porque, após o advento da Constituição Federal de 1988 – em especial em razão do já revogado artigo 192, § 3º, que limitava a taxa de juros reais em doze por cento ao ano – e, posteriormente, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 – que, além da profunda relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, trouxe a possibilidade de revisão de ofício das cláusulas contratuais abusivas diante do caráter de inafastabilidade de suas normas – houve uma enxurrada de ações judiciais objetivando a revisão dos contratos bancários, resultado, também da ampliação do acesso ao Poder Judiciário trazida com a Constituição de 1988 e legislação posterior, como o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Diante de tamanha demanda, bem como diante da similitude das matérias discutidas, percebia-se uma tendência tanto dos juízes de primeiro grau, quanto dos próprios Tribunais estaduais, com fundamento no caráter de ordem pública das normas do CDC, de se utilizarem de “decisões-modelo”, em que, independentemente de pedido da parte, o julgador conhecia de ofício da abusividade de cláusulas e procedia à revisão contratual de uma maneira uniforme para a grande parte das ações, afastando ou alterando cláusulas já pré-determinadas<sup>26</sup>.

25 CHRISTIANO, Guilherme Resende. Súmula 381 do STJ VS Código de Defesa do Consumidor. **Revista da ESMESE**, n. 16, 2012. p. 332-4.

26 As apelações cíveis 70021942156, 70021942156, 70021777685, 70021544655, 70021958319, 70021480207 e 70021543897, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possuem quase que idênticas ementas, que podem ser resumidas pelos termos da ementa da apelação de

Frente a este movimento da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça reagiu e, por meio do enunciado da Súmula nº 381 limitou o poder dos magistrados de primeiro e segundo graus no que diz respeito ao conhecimento de ofício da abusividade das cláusulas em contratos bancários. Todavia, tal limitação ocorreu na contramão de entendimento doutrinário e jurisprudencial predominantes há quase

---

nº 70021942156, assim transcrita: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO E APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Cabível a revisão do contrato como forma de expunção das disposições contrárias à lei. A atividade bancária e financeira está sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, como expresso no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90. NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO. Por serem de ordem pública e interesse social as normas de proteção e defesa do consumidor, possível a declaração de ofício da nulidade das cláusulas eivadas de abusividade, independentemente de recurso do consumidor. JUROS REMUNERATÓRIOS. É de ser declarada a nulidade da previsão contratual acerca dos juros, por caracterizar a excessiva onerosidade do contrato, permitindo que o consumidor ocupe posição nítida e exageradamente desvantajosa. Índice reduzido para 12% ao ano, por interpretação analógica do Código Civil e do Decreto 22.626/33. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. Reduzidos os juros remuneratórios e, ausente qualquer fator de atualização monetária no contrato sub iudice, adota-se o IGP-M, por melhor refletir a desvalorização da moeda. CAPITALIZAÇÃO. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. A capitalização é vedada nos contratos da espécie em discussão. JUROS MORATÓRIOS. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. Os juros moratórios devem respeitar o percentual máximo de 1% ao ano. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Por tratar-se de encargo flagrantemente potestativo, não pode persistir a cobrança de comissão de permanência, a uma taxa variável, mesmo que não cumulada com a correção monetária. MULTA CONTRATUAL. BASE DE CÁLCULO. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. Embora pactuada em 2%, é de ser declarado que só pode incidir sobre o valor da parcela em atraso, não podendo ser utilizado como base de cálculo o total do débito acrescido de juros moratórios e comissão de permanência. MORA DESCARACTERIZADA. Sendo expurgados encargos indevidos da dívida, o consumidor não estava em mora e os encargos moratórios, por isso, não são devidos. TARIFAS DE EMISSÃO DE CARNÊ E DE ANÁLISE DE CRÉDITO. VEDAÇÃO DE OFÍCIO. A cobrança de tais taxas é nitidamente abusiva, devendo ser suportada pela instituição financeira, por corresponder a ônus da sua atividade econômica, não se tratando de serviço prestado em prol do mutuário-consumidor. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. Diante das ilegalidades na estipulação dos encargos contratuais, não há falar em voluntariedade no pagamento, nem exigir a prova do erro para a repetição do indébito, que se dará mediante prévia compensação. TUTELA ANTECIPADA. Mantida em função da dúvida acerca do débito, enquanto pendente ação revisional. APELO PROVIDO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70021942156, Relator Des<sup>a</sup>. Isabel de Borba Lucas, 22 nov. 2007. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=70021942156&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfield>

duas décadas e, o que causou estranheza na comunidade jurídica<sup>27</sup>, sem qualquer debate mais aprofundado sobre as questões atinentes ao caráter inafastabilidade das normas do CDC, sobre a norma específica do seu art. 51 que inquina de nulidade de pleno direito as cláusulas abusivas, nem sequer sobre o motivo da diferenciação entre os contratos bancários e demais contratos de consumo. Esta ausência de debates sobre questões tão importantes podem ser verificados nos feitos que serviram de base para o enunciado da Súmula: AERESP 801421-RS, AGRESP 782895-SC, AGRESP 1006105-RS, AGRESP 1028361-RS, ERESP 645902-RS, RESP 541153-RS, RESP 1042903-RS e RESP 1061530-RS.<sup>28</sup>

Percebe-se, portanto, que a Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça criou uma espécie de “vazio” difícil de ser equacionado pelos operadores do direito, deixando-os aparentemente com apenas duas opções com relação ao seu enunciado: ou aceitá-lo, por ser uma decisão meramente política; ou negá-lo, por ser carente de embasamento jurídico adequado. E, justamente neste “vazio” é que este trabalho procura se embrenhar, buscando, muito mais do que negar ou aceitar o seu enunciado, sistematizá-lo, tornando-o aceitável dentro do ordenamento jurídico vigente. E, para tanto, partirá de conceitos do direito material para estabelecer a diferença entre as normas casuísticas e as cláusulas gerais, passando pela evidente diferença do processo interpretativo dessas normas, chegando aos limites do juiz

---

s=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\_q=>. Acesso em: 13 dez. 2012.

27 Fábio Trajano mencionou que “a linha de pensamento adotada pelo STJ na mencionada súmula é típica do Estado liberal do século XIX, pois privilegiou-se o forte, aquele que agiu em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta de espírito de solidariedade e ética. TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 73, p. 68.

28 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 381, de 22 de abril de 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=s%FAmula+381&b=SUMU](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+381&b=SUMU)>. Acesso em: 13 dez. 2012.

neste trabalho de interpretação das normas dentro do processo civil.

## 2 A SISTEMATIZAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 381 FRENTE AOS LIMITES DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

Uma vez analisado o conceito de cláusulas abusivas, bem como o tratamento dispensado a elas com o advento do CDC e da Súmula nº 381, o presente estudo busca sistematizar o enunciado da Súmula, a fim de permitir sua aplicação – ainda que parcial – sem ferir conceitos, regras e princípios largamente utilizados até então, buscando nos limites do juiz no processo civil uma resposta para esta questão.

Para tanto, no segundo capítulo busca-se, inicialmente, fazer uma análise da estrutura das normas jurídicas que apresentam as cláusulas abusivas no CDC para, em um momento seguinte, identificando as diferenças entre a estrutura das normas e a existência de uma cláusula geral de abusividade (art. 51, inc. IV, do CDC), tecer considerações sobre a forma de interpretação e aplicação das cláusulas gerais. E, por fim, identificando tal atividade como o trabalho de concreção, busca-se esclarecer os limites do juiz neste labor.

### 2.1 O SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CDC: NORMAS CASUÍSTICAS E CLÁUSULAS GERAIS

O sistema de cláusulas abusivas adotado pelo CDC, diferente de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, não prevê uma conceituação de cláusulas abusivas, conforme já mencionado no capítulo 1.1. Enquanto no direito argentino, por exemplo, conceituam-se as cláusulas abusivas como “las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entro los derechos y obligaciones de ambas partes<sup>29</sup>”, no direito brasileiro o legislador preferiu formular

---

29 ARGENTINA. Art. 37 do Dec. 1.798/94. Disponível em:

apenas um rol – dito não taxativo<sup>30</sup> – de cláusulas tidas por abusivas, nos incisos I a III e VI a XVI do art. 51 CDC, além de inserir neste mesmo rol, porém no inciso IV, uma verdadeira cláusula geral que permite ao operador do direito encontrar no caso concreto a abusividade de uma cláusula contratual. Este inciso IV do artigo 51 fundamenta-se, também, no parágrafo 1º do mesmo artigo, que especifica o conceito de “vantagem exagerada” (muito embora o texto mencione “vontade” exagerada) em seus três incisos.

Além disso, a lei brasileira, ao invés de conceituar as cláusulas abusivas, traz no *caput* do artigo 51 qual seu o efeito jurídico, ou seja, a sanção de nulidade de pleno direito e, provavelmente de forma intencional<sup>31</sup>, não fez qualquer diferenciação no que diz respeito ao tratamento legal conferido às normas previstas nos incisos I a III e VI a XVI, daquela cláusula geral prevista no inciso IV do artigo 51. Todavia, já objetivando sistematizar o enunciado da Súmula nº 381 do STJ, é necessário que se estabeleça a diferença entre as duas grandes espécies de cláusulas abusivas previstas no CDC: a) cláusulas abusivas previstas em normas casuísticas e; b) cláusulas abusivas decorrentes de cláusula geral.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor traz, em princípio, um rol de normas casuísticas que, segundo Nelson Nery Jr.:

[...] foi informado pela experiência recolhida tanto da jurisprudência

---

<<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13734/norma.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

30 Em especial pela própria inserção no *caput* do artigo 51 da expressão “entre outras”.

31 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 949. Os autores afirmam que “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”.

brasileira dos últimos anos, especialmente quanto aos contratos de adesão, quanto dos casos mais frequentes que passaram pelos órgãos de proteção ao consumidor, notadamente pelos PROCONs e pelo Ministério Público. O direito estrangeiro teve influência ímpar na adoção dessas cláusulas, com particular relevo para o direito alemão.<sup>32</sup>

Assim, com exceção da cláusula geral do inciso IV, e sem exclusão de outras, são cláusulas abusivas para o direito brasileiro as que:

[...]

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

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

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

[...]

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

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

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

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

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

---

32 NERY JR., Nelson Nery et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 465.

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Trata-se, assim, da primeira grande classe de cláusulas abusivas, ou seja, as normas de aplicação direta<sup>33</sup>, em que o legislador, muito mais do que trazer um conceito, arrolou hipóteses, retiradas da jurisprudência e de casos aportados aos PROCONs e Ministério Público – eminentemente casuísticas portanto – com caráter exemplificativo. Claro que, para evitar que esse rol viesse a ser considerado taxativo, em prejuízo aos direitos do consumidor, o legislador não esqueceu de colocar a expressão “entre outras” no *caput* do art. 51 a fim de que a prática jurídica, diante de novos casos concretos, pudesse ampliar o rol.

Ao lado desse rol de cláusulas contratuais já de antemão consideradas abusivas, o legislador incluiu uma verdadeira cláusula geral prevista no inciso IV do artigo 51 do CDC, afirmando que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Sobre esta característica da mencionada norma legal, Cláudia Lima Marques e outros afirmam que “o inc. IV do art. 51 combinado com o § 1º deste mesmo artigo constitui, no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória da utilização

---

33 Ou, na expressão utilizada por Humberto Ávila, “prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima.” ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 413.

de cláusulas abusivas nos contratos de consumo”.<sup>34</sup>

Não se trata, portanto, de uma norma de aplicação direta, mas sim, de uma norma vaga<sup>35</sup>, em que o aplicador do direito, diante de uma determinada cláusula contratual, deverá fazer um complexo trabalho valorativo e de adequação do fato à norma para se determinar se há, ou não, abusividade no caso concreto.

As cláusulas gerais começaram a tomar força na Alemanha, a partir da metade do século passado, quando se iniciou um processo de transição de um direito baseado em normas rígidas e de aplicação direta, quase mecânica, que muitas vezes trazia soluções injustas, para um direito também fundamentado em normas vagas, com tipicidade mínima, que permitiria uma abertura do direito à evolução da história, com a agilidade necessária e utilização de diversas fontes jurídicas e extrajurídicas para a solução de um determinado caso concreto. Este momento histórico, segundo Fabiano Menke, coincidiu com o caos econômico oriundo do final da Primeira Grande Guerra, que sujeitou a sociedade alemã à hiperinflação e, por consequência, à impossibilidade de cumprimento dos contratos com relação aos preços e à necessidade de intervenção do Poder Judiciário nesta realidade, ainda que carente de normatização específica para os casos.<sup>36</sup>

---

34 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 949.

35 Ou, na expressão utilizada por Humberto Ávila, “hipótese de regulação legal aberta ou vaga, cujo grau de tipicidade é mínimo.” ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 413.

36 Neste sentido, segundo Fabiano Menke, o Poder Judiciário utilizando-se dos parágrafos 138, 242 e 826 do BGB, encontrou a solução para o desequilíbrio, baseado especialmente na autorização explícita do uso de ideias morais como boa fé e bons costumes. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, pp. 10-11, abril-junho de 2004.

Sobre o conceito de cláusula geral, interessante trazer à colação a seguinte definição de Judith Martins-Costa:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>37</sup>

A cláusula geral, segundo Humberto Ávila, permite, mediante sua técnica legislativa, “a continuidade da legislação, sem as constantes e custosas alterações legislativas pelos acontecimentos que se modificam”<sup>38</sup>. Evita-se, portanto, um “engessamento” do direito, permitindo-lhe evoluir sem necessariamente ser alterado pelas vias legislativas. O Poder Judiciário, mediante esta técnica legislativa, passa a ter este importante papel de manutenção da validade e da atualização do ordenamento jurídico.

Tanto para as normas casuísticas (art. 51, incs. I a III e VI a XVI) quanto para a cláusula geral (art. 51, inc. IV), a lei brasileira imputa a mesma sanção para as cláusulas abusivas, ou seja, nulidade de pleno direito. Este tratamento, contudo, não é o mesmo aplicado em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

---

37 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 303.

38 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 420

Veja-se o sistema jurídico italiano, cujo d.lg. n. 206/2005 dispõe que “nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore um significativo squilibrio dei diritti obblighi derivanti dal contratto”<sup>39</sup>. O tratamento jurídico conferido à cláusula abusiva no direito italiano, inicialmente dado pelo art. 1469 do Código Civil daquele país era a ineficácia, que a doutrina requalificou para nulidade, todavia não de forma absoluta, mas relativa. Neste sentido, Francesco Caringella e Giuseppe de Marzo afirmam que “l'espressione 'inefficacia' utilizzata dal legislatore al fine di contrassegnare il regime delle clausole abusive, doveva leggersi como sinonimo atecnico di nullità relativa”<sup>40</sup>. Ainda assim, segundo a legislação italiana, o juiz pode conhecer de ofício de tais cláusulas<sup>41</sup>. Porém, ponderam os doutrinadores italianos que tal poder será exercido em atenção aos interesses dos consumidores, realizado por avaliação do juiz em conformidade com o pedido do consumidor, não em abstrato, mas em relação caso concreto posto sob exame<sup>42</sup>.

Trata-se portanto de cláusula geral de abusividade que, segundo entendimento doutrinário, implica nulidade relativa mas, mesmo assim, pode ser conhecida de ofício pelo magistrado, desde que observados os limites acima descritos. E, ao lado desta cláusula geral, há um rol de cláusulas que se presumem abusivas até que se prove o contrário no art. 33.2 do referido Decreto Legislativo, as quais também podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, porém, com muito mais razão, com as limitações acima expostas.

---

39 ITÁLIA. Art. 33.1 do Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Disponível em:

<<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05206dl.htm>> Acesso em: 24 fev. 2013.

40 DE MARZO, Giuseppe; CARINGELLA, Francesco (Org). **I contratti dei consumatori**. 1 ed. Torino (Itália): Editor Pietro Giordano, 2007. p. 112.

41 ITÁLIA. Art. 36.3 do Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Disponível em:

<<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05206dl.htm>> Acesso em: 24 fev. 2013.

42 DE MARZO, Giuseppe; CARINGELLA, Francesco (Org), *op cit.*, p. 119.

O sistema alemão, conforme afirma Daniela Moura Ferreira, é baseado principalmente na boa-fé com um “rol de cláusulas abusivas, com ou sem possibilidade de apreciação casuística pelos tribunais”. Ademais, acrescenta a autora, há duas listas, em que há proibição absoluta (lista negra) e proibição relativa (lista cinza)<sup>43</sup>.

Percebe-se, portanto, que o legislador brasileiro adotou uma posição especial, diferente das existentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros, aplicando tanto às normas de caráter casuístico, quanto à cláusula geral, a sanção de nulidade de pleno direito, esquecendo-se, ainda, que há evidente diferença na forma de interpretação e aplicação de tais normas (concreção ou subsunção). Estas diferenças importam diretamente na maior ou menor necessidade de atuação intelectual e valorativa do juiz na definição do que é ou não abusivo no caso concreto, como veremos no capítulo seguinte.

## 2.2 A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS: SUBSUNÇÃO OU CONCREÇÃO?

Identificadas as duas grandes classes de normas que tratam sobre as cláusulas abusivas no CDC (normas casuísticas e cláusulas gerais), é importante tecer algumas considerações acerca das diferentes métodos de interpretação e aplicação para cada uma dessas espécies de norma. E, como se verá mais adiante, tais diferenças terão influência decisiva no que diz respeito aos limites do juiz no manejo de tais normas para o caso concreto.

---

43 FERREIRA, Daniela Moura. **O contrato de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 47. p. 174.

As normas casuísticas, em face de seu caráter rígido e de tipificação máxima<sup>44</sup>, pressupõem uma operação de adequação direta do fato à norma, deixando ao aplicador do direito pouca margem para valorações e elucubrações. Trata-se de um mero processo de *subsunção*, em que o juiz, diante de determinado fato apenas verifica se ele encaixa-se em determinada norma e, por consequência, quase que mecanicamente, apenas lhe dá o efeito jurídico previsto abstratamente.

No método interpretativo da subsunção, segundo Humberto Ávila:

[...] aplicação prescindiria da atividade aplicativa complexa, porque os termos constantes da norma são de sentido inquestionável. Não seriam levados em considerações todos aqueles aspectos que definem a atividade aplicativa como sendo atividade complexa.<sup>45</sup>

Já Fabiano Menke acrescenta que:

[...] a subsunção é, via de regra, meio apto para a interpretação das normas que encerram tipos fechados, estanques, compostos por estatuições diretas, que não demandam qualquer, ou quase nenhuma, integração valorativa.<sup>46</sup>

Por seu turno as cláusulas gerais encerram tipo bem diverso de norma jurídica, pois são caracterizada por uma vagueza de conceitos que necessitam ser concretizados pelo aplicador do direito, mediante um complexo trabalho intelectual e valorativo, a fim de que se possa aferir o seu alcance e profundidade. Trata-se do método interpretativo e de aplicação do direito chamado de *concreção*, que se difere da subsunção pois exige do juiz um trabalho de busca de valores dentro e fora do sistema jurídico a fim de poder determinar o conteúdo da norma. Não se trata de

---

44 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 413.

45 ÁVILA, Humberto Bergmann, *op cit.*, p. 421.

46 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 19, abril-junho de 2004.

uma mera adequação do fato à norma, de um mero trabalho de comparação e encaixe de conceitos, mas de um trabalho que pode exigir do juiz que esborde as raias do jurídico para atingir conceitos extrajurídicos, sociais, econômicos, ou de quaisquer outras ciências, a fim de encontrar o conteúdo e o alcance de uma determinada norma.

Segundo Fabiano Menke,

Na aplicação do direito por meio da concreção, o juiz analisa o caso concreto em toda a sua potencialidade. Não parte apenas da compreensão da norma para perquirir se os fatos colocados em questão nela se encaixam.<sup>47</sup>

Ruy Rosado de Aguiar Jr., complementa, afirmando que a aplicação do direito por parte da concreção “é um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos ao caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis”<sup>48</sup>.

Percebe-se que na concreção o juiz não pode simplificar a sua atuação partindo da norma a fim de dar uma solução para o caso concreto. Deverá o magistrado conhecer dos fatos em todos os seus aspectos relevantes e, a partir dessa constatação, passará a construir mediante conceitos jurídicos e extrajurídicos, a norma para o caso concreto. O juiz não apenas encaixa o fato à norma. O juiz compreende os fatos em todas as suas nuances e cria a norma para o caso concreto.

Assim, considerados os métodos de subsunção e concreção, resta bem clara

---

47 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 20, abril-junho de 2004.

48 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 45, p. 18, 1989.

a diferença entre a atividade do juiz intérprete e aplicador do direito quando do seu confronto com as cláusulas abusivas previstas em normas casuísticas (art. 51, incisos I a III e VI a XVI, do CDC) daquela atividade quando do seu confronto com as cláusulas abusivas previstas em cláusulas gerais (art. 51, IV, c/c § 1º, do CDC).

Para o conhecimento da abusividade de uma cláusula prevista nos incisos I a III e VI a XVI do artigo 51 do CDC, ao juiz basta fazer uma mera subsunção do fato à norma. Se determinada cláusula existente no contrato é idêntica a uma das hipóteses normativas previstas em um desses incisos, caberá ao magistrado simplesmente imputar o efeito previsto no *caput* do artigo, ou seja, reconhecer a sua nulidade de pleno direito (absoluta). Esta atividade prescinde de quaisquer argumentações e valorações mais complexas do que a simples adequação do fato à norma. Basta ao magistrado verificar o contrato e, constatando sua presença, reconhecer a sua nulidade.

Tanto é de menor complexidade esta mera adequação do fato à norma, este trabalho de subsunção, que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros não delegaram ao Poder Judiciário esta atividade, mas sim, a autoridades administrativas, tal como é exercido pela Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, na legislação Argentina, segundo Ruben Stiglitz<sup>49</sup>.

Por outro lado, para o conhecimento da abusividade de uma cláusula com base na cláusula geral prevista no art. 51, inc. IV, do CDC, combinada com as prescrições do seu parágrafo primeiro, ao juiz não basta fazer mera adequação do fato à norma, diante da vagueza de seu conteúdo. O juiz necessita “conhecer do

---

49 STIGLITZ, Ruben S. Clausulas abusivas y control jurisdiccional de la administración, estado de situación en Argentina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p. 265.

caso concreto em toda a sua potencialidade”<sup>50</sup>, necessita “ir ao fato, conhecer o seu sentido e visualizar o fim do comportamento estudado”<sup>51</sup>, necessita fazer uma “análise preliminar do caso”<sup>52</sup> para só então criar a norma que imputa ser a mais adequada para o caso concreto.

Ora, a análise da abusividade de uma cláusulas prevista em norma casuística (art. 51, incs. I a III e VI a XVI, do CDC) é atividade essencialmente diversa da análise da abusividade prevista em cláusula geral (art. 51, inc. IV, c/c § 1º, do CDC). E isto traz consequências aos limites impostos ao juiz quando da realização de tais atividades, o que nos leva ao assunto do próximo subcapítulo.

### 2.3 OS LIMITES DO JUIZ NO PROCESSO DE CONCREÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

A atividade do estado(-juiz) na concreção das cláusulas gerais, diante do princípio dispositivo e da inércia da jurisdição, só poderá ser iniciada mediante provocação da parte (autor) quando do ajuizamento de uma demanda judicial, e exercida por intermédio do processo. Não é dado ao juiz – como se autoridade administrativa fosse – o poder de procurar na sociedade contratos de consumo e analisá-los a fim de conhecer o conteúdo de suas normas e apontar quais são abusivas e quais não. O juiz tem de esperar o movimento de uma das partes da relação jurídica de consumo, caracterizado pelo exercício do direito de ação, para só então poder conhecer das cláusulas contratuais postas em análise.

---

50 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 20, abril-junho de 2004.

51 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 45, p. 18, 1989.

52 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 430.

O juiz portanto exerce seu poder no processo. Exerce seu poder por meio das normas de direito processual e, por essas mesmas normas (regras e princípios) tem seu poder limitado. O trabalho de concreção das cláusulas gerais e – mais especificamente para o objetivo deste trabalho – de conhecimento das cláusulas abusivas em contratos de consumo, só pode ser realizado por meio do processo civil e, portanto, limitado por suas regras e princípios.

Esta limitação tem sua justificativa histórica. A atividade de concreção das cláusulas gerais, por pressupor a criação de uma norma para o caso concreto por parte do juiz, gerou certa preocupação entre os juristas, especialmente em face do momento histórico em que passou ela passou a ser mais vulgarizada, justamente na metade do século passado, na Alemanha, quando ascendeu ao poder o Partido Nacional Socialista. Segundo Lutz Mager, citado por Fabiano Mencke,

[...] assim como hoje em dia as cláusulas gerais servem como porta de entrada de valores constitucionais, na época do nacional-socialismo elas foram utilizadas como janela de abertura para a concepção valorativa do momento, especialmente para as teorias raciais<sup>53</sup>.

Desta forma, a fim de se evitar que a atividade de concreção se transforme em mero arbítrio, é necessário que a atuação do magistrado seja limitada pelas regras e princípios do processo civil. Não se trata de “absoluta liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador”<sup>54</sup>. Esta limitação pela ordem jurídica é “uma conquista do Estado de Direito”<sup>55</sup>, que circunscreve o

---

53 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 12-13, abril-junho de 2004.

54 MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. **Revista de Processo**, n. 180, fev. 2010, p. 89.

55 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 444.

processo de aplicação do direito à necessidade de o juiz ater-se ao sistema no qual está inserido, a fim de legitimar sua decisão<sup>56</sup>. É necessário, portanto, que o juiz se atenha às normas do processo, que perpassa todos os atos previstos para alcançar seu objetivo que é a “singularização das normas abstratas ao caso concreto – concreção”.<sup>57</sup>

Todavia, a fim de materializar o princípio da adstrição do juiz às normas do processo, em nome do Estado Democrático de Direito, Luis Alberto Reichelt bem coloca que ao órgão jurisdicional é imposto “o dever de exercer sua tarefa levando em conta as posições externadas pelos demais sujeitos processuais que com ele interagem e no debate dos autos”,<sup>58</sup> justamente para que seja limitado o arbítrio. E, ainda, segundo Reichelt,

aos sujeitos processuais, garante-se não apenas o direito de formulação de pleitos à autoridade estatal que conduz o debate nos autos, mas também o de se sentirem representados nas diversas manifestações de poder veiculadas na realidade processual<sup>59</sup>

Desta característica, exsurge a necessidade de cotejo entre os princípios dispositivo e do contraditório, como duas grandes ferramentas e, ao mesmo tempo, dois grandes limites à atuação do juiz na condução do processo e, por consequência, na atividade de concreção das cláusulas gerais.

Acerca do princípio dispositivo, importante não confundi-lo com direitos materialmente disponíveis. Trata-se, antes de mais nada de um princípio de direito processual, consubstanciado na possibilidade de a parte decidir se requer, ou não,

---

56 ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p. 444

57 ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p. 445

58 REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 89.

59 REICHELTL, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 89.

a proteção de um direito subjetivo perante um órgão judicial.<sup>60</sup> Ou seja, a fim de se manter a imparcialidade do juiz, o direito processual brasileiro estabeleceu como princípio a inércia da jurisdição, consistente na necessidade de o Poder Judiciário ser provocado pelas partes a fim de proferir uma decisão. Caberá às partes, portanto, o poder e a discricionariedade de trazer ao juiz os temas a serem discutidos, delimitando, assim, o objeto do processo. O que, por outro lado, significa dizer que não é dado ao juiz “construir sua decisão com base em temas e fontes de prova diversos daqueles indicados pelas partes”<sup>61</sup>

E, na esteira deste raciocínio, ainda que se trate de matéria cuja análise deverá ser realizada de ofício pelo magistrado, caberá à parte trazer tais questões à discussão nos autos, seja dentre os pedidos ou causa de pedir, para que o magistrado possa se pronunciar de deliberar sobre ela.

Pensar diferente seria permitir que o juiz deixasse de ser um terceiro imparcial para invadir a esfera de disponibilidade da ação conferida às partes, ainda que tal intervenção ocorresse em questão materialmente indisponível. Claro que, uma vez trazida à discussão para dentro dos limites objetivos do processo um direito material indisponível, como não cabe à parte renunciá-lo ou negociá-lo, o magistrado deverá se manifestar de ofício sobre ele.

Necessária ainda, a submissão do magistrado ao princípio do contraditório, que garante a participação das partes no processo e na formação da decisão judicial, concedendo-lhe, inclusive, em razão disto, a sua necessária validade dentro do sistema. Segundo Reichelt, ainda,

---

60 REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 93.

61 REICHELTL, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 96.

o seu significado [do princípio do contraditório] é composto, antes de tudo, de um feixe de garantias que devem ser observadas ao longo do desenvolvimento da marcha do processo, envolvendo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais, a qual é estabelecida com vistas à construção do provimento jurisdicional e d) **o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional.**<sup>62</sup> (grifei)

Da afirmação do doutrinador acima transcrita, importante destacar o item “d” ou seja, a observância do princípio do contraditório para que as partes não sejam surpreendidas quando da prolação da decisão jurisdicional. Isto porque é justamente neste ponto que se encontra um dos grandes motes para a edição da Súmula nº 381 do STJ, já que, com base no argumento de que a abusividade de cláusula contratual em contrato de consumo seria questão de ordem pública, os julgadores de primeiro e segundo graus vinham afastando de forma indiscriminada, cláusulas que reputavam abusivas, ainda que independentemente de pedido específico do consumidor, na grande maioria dos casos, com base na cláusula geral do artigo 51, inciso IV, do CDC. Assim, lembra Guilherme Luis Quaresma Batista Santos que

É verdade que o magistrado pode conhecer e trazer ao processo fatos e argumentos jurídicos que não tenham sido trazidos pelas partes; todavia, ele não pode decidir com base em tais fatos ou argumentos sem submetê-los à prévia ciência e diálogo das partes.<sup>63</sup>

Sem dúvida, a prática adotada pela jurisprudência, ainda que lastreada na possibilidade de conhecimento de ofício da abusividade de cláusulas em contrato de consumo por se tratar de matéria de ordem pública, ofendia, diretamente o princípio do contraditório por gerar decisões surpreendentes às partes, porquanto

---

62 REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 101.

63 SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. **Revista de processo**, n. 194, abr. 2011, p. 75.

esbordantes dos limites objetivos do processo. Tratavam-se de decisões muitas vezes tomadas já em segundo grau de jurisdição sem que fosse oportunizado o devido debate acerca do tema. Debate este, importante repisar, que se constitui no próprio requisito de validade da decisão. Ainda segundo Luis Alberto Reichelt,

A garantia examinada acima [contraditório como proteção às partes contra a surpresa no conteúdo das decisões jurisdicionais] ganha, aqui, uma dupla perspectiva. A primeira delas corresponde ao fato de que não pode o juiz deliberar em torno de questão que não tenha sido objeto de pedido das partes ou interpretar de forma extensiva o pedido sem que as partes tenham sido previamente consultadas. Trata-se neste sentido, da impossibilidade de a decisão jurisdicional surpreender as partes no que se refere ao conteúdo do debate travado.<sup>64</sup>

Percebe-se assim, que para garantia dos princípios da inércia da jurisdição, dispositivo e contraditório, é necessário que sejam criteriosamente observados pelo magistrado os limites objetivos da demanda, porque somente depois de serem definidos causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos) e pedidos é que será possível estabelecer um debate sobre estas questões e não outras. Somente quando determinados os limites objetivos da demanda é que se estabelecerá o contraditório consubstanciado no debate sobre estes temas específicos que, pelo diálogo entre as partes, colaborará para que o magistrado construa uma sentença devidamente correlata aos pedidos e legitimada pelo próprio debate.

Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque bem coloca que no momento que é formulado o pedido de tutela jurisdicional é que o autor “atribui aos fatos por ele narrados a aptidão para produzir determinada consequência jurídica”. E, nada impede que o juiz aplique regra diversa da invocada, todavia, deverá o magistrado estar adstrito a “esses limites objetivos, ou seja, os fatos e os efeitos

---

64 REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 108.

jurídicos pretendidos”. E, por fim, conclui o doutrinador que “se o ponto de fato, não suscitado pelo autor, mas percebido de ofício pelo juiz, não se tornou questão, impossível levá-lo em conta na sentença, pois a seu respeito o contraditório não se efetivou”<sup>65</sup>.

Todas essas considerações possuem especial significado quando do trabalho de concreção das cláusulas gerais e, em especial, quando do conhecimento da abusividade das cláusulas com base no art. 51, IV, do CDC. Isto porque, como citado anteriormente, o juiz necessita “conhecer do caso concreto em toda a sua potencialidade”<sup>66</sup>, necessita fazer uma “análise preliminar do caso”<sup>67</sup> para só então criar a norma que imputa ser a mais adequada para o caso concreto. E isto significa que o juiz deverá conhecer amplamente dos fatos e fundamentos jurídicos trazidos pelo autor, analisar a contestação do réu, identificar os pontos controvertidos, avaliar as provas, tudo dentro de uma visão moderna do processo que permite e exige a participação e cooperação das partes neste complexo de relações, para só então identificar a existência de uma cláusula que tem aptidão para ser considerada nula de pleno direito por estabelecer “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Ou seja, como no trabalho de concreção o juiz precisa partir do fato para só então buscar a norma mais adequada para o caso concreto, muito antes de falar em

---

65 TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord). **Causa de Pedir e pedido no processo civil: questão polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

66 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 20, abril-junho de 2004.

67 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 430.

abusividade de uma cláusula com fundamento no art. 51, inc. IV, do CDC, deverá o magistrado atuar dentro dos limites do processo civil, em observância as regras de procedimento, princípio dispositivo, do contraditório e aos limites objetivos da demanda para conhecer os fatos. Só então que, analisado o caso concreto (com as limitações inerentes que o direito processual lhe traz) é que poderá exsurgir uma ou outra cláusula a ser tachada de abusiva e, portanto, declarada nula de pleno direito.

Esta peculiar característica do processo de concreção não permite que o magistrado conheça de ofício da abusividade de uma cláusula contratual com base na cláusula geral do art. 51, inc. IV, do CDC, sem que antes tenha sido mencionada na petição inicial – seja como pedido ou causa de pedir – porquanto neste momento vão ser determinados os limites objetivos da demanda. E, para conhecer dos fatos (causa de pedir remota), o juiz está limitado às normas tradicionais do direito processual, não podendo deixar de respeitar o princípio do contraditório, pela participação das partes na formação de seu convencimento, para só então, prosseguir na segunda fase do processo de concreção a fim de encontrar uma norma para o caso concreto. Se o magistrado transbordar os limites objetivos da demanda (causa de pedir e pedidos), analisando fatos não discutidos na demanda e partindo para a segunda fase do processo de concreção com a determinação de uma norma para esses fatos novos, o magistrado proferirá sentença não correlacionada com os pedidos, surpreendendo as partes e nula por ser *extra* ou *ultra petita*.

Isso não quer dizer, contudo, que ao juiz é vedada análise da abusividade de qualquer cláusula contratual de ofício. Nada proíbe que o magistrado conheça da abusividade de uma determinada cláusula como fundamento de sua decisão, a fim

de se manifestar acerca de um dos pedidos da inicial<sup>68</sup>. O que é vedado, no entanto, é que o magistrado inclua esta declaração de nulidade nos provimentos da sentença sem o pedido correlato.

O conhecimento da abusividade de cláusulas contratuais, ainda que se trate de matéria de ordem pública, não permite que o magistrado esborde os limites objetivos da demanda nos casos em que, para a própria existência da abusividade, seja necessária a análise dos fatos que ensejaram o ajuizamento da ação. Se o magistrado precisa de conhecimento dos fatos em toda a sua potencialidade<sup>69</sup>, tal processo de conhecimento deverá estar adstrito às normas do direito processual tradicional. Só então, depois de conhecido fato (diga-se: submetido à ação, contestação, contraditório, instrução) poderá o juiz entender pela existência (ou não) de eventual abusividade.

Assim, para as hipóteses previstas no art. 51, IV, do CDC, em que há necessidade de utilização do processo de concreção para se caracterizar a abusividade, o juiz ao conhecer de ofício esta abusividade, sem que tenha sido sequer pedida na petição inicial, está, em verdade, violando o princípio do contraditório (por vedar a participação das partes no processo decisório), ignorando o princípio dispositivo (por trazer aos autos fatos não mencionados pela parte autora) e proferindo sentença nula, não correlata com as questões discutidas na demanda (*extra* ou *ultra petita*).

Por outro lado, nada impede que o juiz conheça de ofício da abusividade de

---

68 Veja-se, a título exemplificativo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 551388/RS. Relator Ministro Paulo Furtado. 10 nov. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário. Brasília, 04 dez. 2009.

69 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 20, abril-junho de 2004.

cláusulas contratuais nas hipóteses do art. 51, I a III e VI a XVI, já que, neste caso, necessária apenas a aplicação do método da subsunção, partindo-se apenas da compreensão da norma (essencialmente descritiva, casuística) para perquirir se os fatos colocados em questão nela se encaixam<sup>70</sup>. Ora, neste caso o juiz e as partes sabem de antemão o que é a abusividade. Não é necessário construir a norma para o caso concreto. A norma já existe, bastando ser aplicada e, segundo a lei consumerista, de ofício, por se tratar de ordem pública. Assim, nestas hipóteses, não poderá o magistrado se eximir de conhecer da abusividade das cláusulas contratuais, ainda que não mencionadas entre as causas de pedir e os pedidos.

Por fim, atento a este entendimento homogêneo no que diz respeito à interpretação e aplicação das cláusulas abusivas, não há qualquer sentido lógico ou jurídico para se fazer distinção entre os contratos bancários e os demais contratos de consumo. Ambas espécies contratuais podem existir como uma grande e única espécie de contrato de consumo, sem a necessidade de aplicação de procedimentos diversos no que diz respeito ao conhecimento das cláusulas abusivas.

---

70 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 20, abril-junho de 2004.

## CONCLUSÃO

1) O advento do Código de Defesa do Consumidor trouxe inúmeras inovações no sistema jurídico pátrio, sendo que o tratamento dispensado às cláusulas abusivas caracterizou-se como uma das mais eficazes formas de proteção do consumidor nas relações contratuais.

2) A redação do *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor não trouxe propriamente uma conceituação de cláusula abusiva, mas definiu qual a sanção lhe seria aplicável, ou seja, nulidade de pleno direito, que foi definida pela doutrina como nulidade absoluta.

3) Pelo fato de o Código de Defesa do Consumidor ser considerado norma de ordem pública e caráter cogente, bem como pela extensão conferida pela doutrina e jurisprudência à chamada nulidade de pleno direito (dando-lhe efeito de nulidade absoluta), foi predominante o entendimento de que a abusividade das cláusulas poderia ser conhecida de ofício pelos magistrados durante quase duas décadas, até o advento da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça.

4) Com o advento da Súmula nº 381 do STJ houve a vedação aos julgadores de conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas nos contratos bancários, o que colocou em polvorosa a comunidade jurídica, em especial por fazer *tabula rasa* de entendimento consolidado e, em segundo lugar, por ter diferenciado os contratos bancários dos demais contratos de consumo, sem uma discussão aprofundada sobre o tema.

5) A edição da Súmula nº 381 pelo Superior Tribunal de Justiça teve evidente

caráter de política judiciária e causou, inicialmente, uma reação de total rechaço por parte da doutrina por se caracterizar como inconstitucional e contraditória com o sistema de nulidades vigente no direito brasileiro.

6) Objetivando uma sistematização do enunciado da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça é importante levar em consideração que o Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 51 duas grandes e distintas classes de cláusulas abusivas: a) normas casuísticas, que possuem caráter rígido e de tipificação máxima, previstas nos incisos I a III e VI a XVI, do artigo 51; b) cláusula geral, caracterizada por uma vagueza de conceitos que necessitam ser concretizados pelo aplicador do direito, prevista no inciso IV do mesmo artigo 51. Muito embora a existência dessas duas classes, o legislador não faz qualquer diferença quanto aos efeitos jurídicos atribuídos a cada uma destas espécies, como ocorre no direito comparado, por exemplo, imputando-lhes, sempre a nulidade de pleno direito.

7) No que diz respeito ao processo de interpretação e aplicação, as normas casuísticas (art. 51, incisos I a III e VI a XVI, do CDC), em face de seu caráter rígido e de tipificação máxima, pressupõem uma operação de subsunção, ou seja, de adequação direta do fato à norma, deixando ao aplicador do direito pouca margem para valorações e elucubrações. Por outro lado, as cláusulas gerais (art. 51, IV, c/c § 1º, do CDC) pressupõem uma operação de concreção, pois são caracterizadas por uma vagueza de conceitos que necessitam ser concretizados pelo aplicador do direito, mediante um complexo trabalho intelectual e valorativo, a fim de que se possa aferir o seu alcance e profundidade.

8) A fim de se evitar que a atividade de concreção se transforme em mero

arbítrio, é necessário que a atuação do magistrado seja limitada pelas regras e princípios do processo civil. Não se confere ao magistrado uma liberdade absoluta de atuar em substituição ao legislador, a fim de criar a norma para o caso concreto.

9) Do cotejo entre os princípios dispositivo e do contraditório, surgem as duas grandes limitações do juiz na condução do processo e, por consequência, na atividade de concreção das cláusulas gerais. Em primeiro lugar, caberá às partes, o poder e a discricionariedade de trazer ao juiz os temas a serem discutidos, delimitando, assim, o objeto do processo. Ainda que se trate de matéria de ordem pública, irrenunciável, esta qualidade só poderá ser atribuída se for trazida pelas partes ao debate. Em segundo lugar, em função do princípio do contraditório, o juiz deve garantir a participação das partes no processo e na formação da decisão judicial, até para sua própria validade, bem como para evitar que as partes sejam surpreendidas pela decisão judicial.

10) Essa vedação à surpresa dentro do processo judicial foi um dos grandes motes para a edição da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, já que, com base no argumento de que a abusividade de cláusula contratual em contrato de consumo seria questão de ordem pública, os julgadores de primeiro e segundo graus vinham afastando de forma indiscriminada, cláusulas que reputavam abusivas, ainda que independentemente de pedido específico do consumidor, na grande maioria dos casos, com base na cláusula geral do artigo 51, inciso IV, do CDC.

11) Como a cláusula geral do artigo 51, inciso IV, do CDC pressupõe um trabalho de concreção, o juiz precisa partir do fato para só então buscar a norma mais adequada para o caso concreto. Assim, muito antes de falar em abusividade de uma cláusula com fundamento no inc. IV, do art. 51, deverá o magistrado atuar

dentro dos limites do processo civil para conhecer os fatos. Só então que, analisado o caso concreto, é que poderá exsurgir uma ou outra cláusula a ser tachada de abusiva e, portanto, nula.

12) Por outro lado, nada impede que o juiz conheça de ofício da abusividade de cláusulas contratuais nas hipóteses do art. 51, I a III e VI a XVI, já que, neste caso, necessária apenas a aplicação do método da subsunção. Neste caso o juiz e as partes sabem de antemão o que é a abusividade.

13) Diante das ponderações acima, percebe-se que a Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça ficaria mais adequada ao sistema de direito do consumidor, de direito processual e de nulidades no direito brasileiro se fosse entendida da seguinte maneira: a) ela é válida apenas para a hipótese de conhecimento de ofício da abusividade de cláusula contratual com base na cláusula geral do art. 51, inc. IV, do CDC; b) ela é inválida no que diz respeito às demais hipóteses de cláusula abusivas previstas no art. 51 do CDC (incs. I a III e VI a XVI); c) ela poderia ser aplicada a todos os contratos de consumo, não apenas aos contratos bancários, por inexistência de diferenciação lógica ou jurídica,

14) Em conclusão final, portanto, sugere-se uma nova redação para a Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, mais descolada da mera política judiciária e mais atenta à técnica jurídica, nos termos da ideia acima proposta, qual seja: “nos contratos de consumo, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas com fundamento no art. 51, IV, do CDC”

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Art. 37 do Dec. 1.798/94**. Disponível em:  
<<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13734/norma.htm>>.  
Acesso em: 26 nov. 2012.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 45, 1989. p. 7-20.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUC-RS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997. p. 413-463.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 551388/RS. Relator Ministro Paulo Furtado. 10 nov. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário. Brasília, 04 dez. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 540947/RS. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. 28 set. 2004. Diário da Justiça, Poder Judiciário. Brasília. 06 dez. 2012. p. 288.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 677106/RS. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 07 dez. 2004. Diário da Justiça, Poder Judiciário. Brasília, 01 fev. 2005. p. 579.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1013562/SC. Relator Ministro Castro Meira. 07 out. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário. Brasília, 05 nov. 2008.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 381, de 22 de abril de 2009. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=s%FAmula+381&b=SUMU](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+381&b=SUMU)>. Acesso em: 13 dez. 2012.
- CABRAL, Hideliza L. T. Boechat. Contratos Consumeristas: As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, dez. 2010. p. 41-61.

CHRISTIANO, Guilherme Resende. Súmula 381 do STJ VS Código de Defesa do Consumidor. **Revista da ESMESE**, n. 16, 2012. p. 311-339.

DE MARZO, Giuseppe; CARINGELLA, Francesco (org). **I contratti dei consumatori**. 1 ed. Torino (Itália): Editor Pietro Giordano, 2007. 603 p.

FERREIRA, Daniela Moura. O contrato de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 47. p. 163-179.

GARCIA, Leonardo de Medeiros apud CABRAL, Hildeliza L. T. Boechat. Contratos Consumeristas: As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, dez. 2010. p. 41-61.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206**. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05206dl.htm>> Acesso em: 24 fev. 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes das obrigações: contratos**. v.3. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

NERY JR., Nelson Nery et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka Vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, out-dez 2000. p. 221-240.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 544 p.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 19, abril-junho de 2004. p. 9-35.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, 2009. p. 41-77.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. **Revista de Processo**, n. 180, fev. 2010, p. 55-98.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 380 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70007881089. Relator Mário Lopes Rocha Filho. 01 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70007881089&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70007881089&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 12 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001909290. Relator Marco Antônio Bandeira Scapini. 18 out. 2001. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001909290&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70001909290&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 12 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70004361291. Relator João Armando Bezerra Campos. 19 dez. 2002). Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70004361291&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70004361291&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso

em 12 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70021942156, Relator Des<sup>a</sup>. Isabel de Borba Lucas, 22 nov. 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=70021942156&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=70021942156&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em: 13 dez. 2012.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. **Revista de processo**, n. 194, abr. 2011, p. 69-97.

STIGLITZ, Ruben S. **Clausulas abusivas y control jurisdiccional de la administración, estado de situación en Argentina**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, p. 259-281.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 73, pp. 51-77.

TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord). **Causa de Pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 448 p.