

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Hiran Canti Campelo**

**A Nulidade *ex-officio* das Cláusulas Bancárias: Súmula 381 do STJ x Direito  
Fundamental à Proteção do Consumidor**

**Porto Alegre**

**2014**

**Hiran Canti Campelo**

**A Nulidade Ex-officio Das Cláusulas Bancárias: Súmula 381 do STJ x Direito Fundamental à Proteção do Consumidor**

Monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa  
Miragem

**Porto Alegre  
2014**

## **DEDICATÓRIA:**

Dedico o presente trabalho a meus pais, por terem me dado todo o apoio necessário para o alcance de mais um objetivo na minha vida, a conclusão de uma Pós-Graduação.

## **AGRADECIMENTOS:**

O agradecimento especial destina-se a minha futura esposa, Fernanda da Silva Martins, por estar sempre ao meu lado, também nas dificuldades, e me incentivar constantemente na busca do aperfeiçoamento pessoal e profissional.

## **EPIGRAFE:**

“Quando o direito é desalojado do lugar em que deveria estar, a injustiça não é a culpada desse fato, mas sim quem se conformou com essa situação”.

Rudolf Von Ihering – A Luta Pelo Direito.

## **RESUMO:**

O objetivo principal do presente trabalho é analisar os aspectos envolvendo a pertinência da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, precipuamente os argumentos que serviram para embasá-la na época de sua edição em contraposição aos direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual possui importância de ordem pública e é amparado pela Constituição Federal de 1988. Apresenta-se o tema, a partir de uma análise histórica e fundamental para demonstrar a essencialidade da proteção do consumidor ante a sua vulnerabilidade no mercado de consumo. A importância da interferência do Estado nas relações de consumo. A função social do contrato e a boa-fé. Posteriormente, faz-se observações ao instituto do Diálogo das Fontes em consonância com artigos do atual Código Civil de 2002. O Código de Defesa do Consumidor como direito fundamental e a vedação ou supressão de seus direitos como caracterizador de verdadeiro retrocesso judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor. Súmula 381 do STJ. Cláusulas abusivas. Decisão *ex-officio*. Legalidade. Direito Fundamental.

## **ABSTRACT**

The main objective of this work is to analyze the aspects involving the relevance of Provision 381 of the Brazilian Superior Court of Justice's (STJ), as primarily the arguments that were based the time of their issue as opposed to the rights protected by the Code of Consumer Protection as law of public concern and supported by Federal Constitution of 1988. shows the subject from a analysis historical and elementary to demonstrate the essentiality of consumer protection in view of your vulnerability in the consumer market. The inference of the state in consumer relations. The social function of contract and good faith. Subsequently, is made observations about the Institute of Dialogue sources in line with the current Civil Code articles 2002. The Code of Consumer Protection as a fundamental right and the elimination or suppression of their rights as characterization of genuine judicial setback.

**KEYWORDS:** Consumer. Provision 381 of the STJ. Unfair terms. Decision ex officio. Legality. Fundamental Right.

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	9
2 A evolução histórica dos contratos .....	11
3 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários .....	19
3.1 A ação direta de inconstitucionalidade nº 2.591 .....	22
4 Das cláusulas abusivas .....	25
4.1 O Código de Defesa do Consumidor enquanto norma de ordem pública .....	31
5 Da possível inconstitucionalidade da súmula 381 do STJ.....	33
6 Conclusão .....	455
Referências .....	47

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo principal analisar a validade da Súmula de número 381 do STJ que, editada na data de 28 de abril de 2009 pelo respectivo Tribunal, decidiu por impossibilitar a anulação de ofício, pelo juiz, de cláusulas consideradas abusivas nos contratos bancários. No entanto, junto com a propagação de seus efeitos pelos tribunais dos territórios brasileiros, surgiram diversas críticas realizadas por inúmeros juristas. Um dos pontos cruciais que podemos previamente referir trata-se da violação ou supressão de um direito fundamental do cidadão: a proteção do consumidor, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, e a ideia do Código de Defesa do Consumidor como de ordem pública e interesse social, conforme artigo 1º deste código, ou seja: o colendo STJ no momento em que cria tal precedente estaria menosprezando totalmente a lei maior?

Na primeira parte, realiza-se uma passagem histórica a respeito do tratamento que era dado, pela lei, nos contratos em geral antes da existência do Código de Defesa do Consumidor e a partir de que momento se identificou de que era preciso uma mudança na legislação, a interferência do Estado.

Outrossim, faz-se importante menção a pontuais artigos do Código Civil de 2002 no contexto de relacioná-los, através do diálogo das fontes, com a Lei 8.078/90. Neste diapasão, faz-se uma análise, a partir de julgamentos que antecederam a edição da Súmula 381 do STJ, de como era o entendimento dos Ministros antes e como passou a ser depois.

Analisa-se também um possível contrassenso jurídico entre a referida Súmula e o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, da comum aplicação dessa Lei aos contratos bancários, juntamente com a conhecida Súmula 297 do próprio STJ, que aprova o julgamento dos contratos bancários à luz das normas consumeristas.

Nota-se que alguns princípios, tanto constitucionais como processuais, surgem para estimular o presente conflito, em um primeiro momento podemos mencionar o alegado ferimento ao princípio *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, na medida em que não poderia o juiz decretar a nulidade de uma coisa que não fosse suscitada pela parte. Outro princípio em enfoque seria o da isonomia, no instante em que haveria a possibilidade da justiça tratar de modo diferente o

consumidor que adquire serviços bancários e o que adquire qualquer outro tipo de serviço.

Por fim, é de suma importância referirmos sobre o aspecto do retrocesso judicial, da supressão ou da redução de um direito fundamental como grave violação, igualmente sobre a devoção, talvez privilegiada, dos aspectos formais do processo em detrimento ao próprio direito material. Visivelmente este assunto apresenta grande relevância desde a sua origem, visto que gera grandes efeitos à sociedade brasileira, consumidores que por vezes, durante suas vidas, têm que se utilizar do Poder Judiciário para alcançar seus direitos e acabam se deparando com situações que já poderiam, ou deveriam, ter sido solucionadas por esse.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Em um primeiro momento, faremos uma breve passagem histórica ao viés do antigo sistema contratual, sua concepção clássica a partir da ciência jurídica do século XVIII ao final do século XIX e a nova realidade contratual.

O princípio da autonomia privada, sobre o qual se estruturou a esfera contratual para regulação das relações no período que seguiu o Código Civil de 1916, não apresentou um conteúdo meramente jurídico, mas também forte influência de aspectos morais como a emancipação econômica e social da população. Neste contexto, o contrato foi o meio pelo qual se instrumentalizou a autonomia privada e com o qual se abriu a possibilidade das pessoas trocarem mercadorias de forma muito eficaz.

Começamos este trabalho realçando os principais fundamentos que, no modelo liberal, eram tidos como essenciais para a concretização e validade de um contrato: a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos, juntamente com seus efeitos.

Partindo da convicção de que a sociedade e o Estado estão em relação de antagonismo, do dogma de que a liberdade econômica seria a única solução para o desenvolvimento da sociedade e, principalmente, do reconhecimento formal de que todos os homens são naturalmente livres e iguais, emergiu com força total o chamado princípio da autonomia da vontade.<sup>1</sup>

A autonomia da vontade é centrada na simples liberdade de contratar, precipuamente na importância que é dada ao valor da vontade. A única preocupação existente é a de proteger esse arbítrio e garantir a realização dos efeitos pretendidos nos contratos firmados pelas partes. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos.

Neste ponto, Cláudia Lima Marques referencia o estudo de famosos juristas alemães no sentido de que:

A idéia de liberdade contratual preencheu três importantes funções à época do liberalismo, momento de maturação da concepção tradicional de contrato. De um lado permitia que os indivíduos agissem de maneira autônoma e livre no mercado [...] criando, assim,

---

<sup>1</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor O Princípio da Vulnerabilidade**. 3ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2009, p. 210.

outra importante figura: a livre concorrência. De outro lado, nesta economia livre e descentralizada, deveria ser assegurado a cada contraente a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando apenas adstrito à observância do princípio máximo: *pacta sunt servanda*. [...] a terceira função do dogma da liberdade contratual pode ser denominada como função “*protetora*”. Na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre indivíduos. Assim, se o indivíduo era livre e tinha a possibilidade de se auto-obrigar, tinha direito de defender-se contra a imputação de outras obrigações para as quais não tenha manifestado sua vontade.<sup>2</sup>

Na concepção clássica, portanto, os indivíduos gozam de plena liberdade nas suas relações contratuais. Não há interferência do Estado, mormente porque as normas legais tinham o papel apenas na interpretação da vontade das partes e em alguns pontos particulares como quanto à capacidade dos contratantes.

Ocorre que, por trás da teoria da autonomia da vontade, está a ideia da superioridade da vontade sobre a lei, conhecida como “a força obrigatória dos contratos”.

O ponto principal no modelo liberal, segundo Rogério Ferraz Donnini, é o de que o contrato é lei entre as partes:

Por esse princípio, celebrada a avença, observando-se os pressupostos e requisitos indispensáveis à sua validade, pode ser ela objeto de execução pelos contratantes, como se suas disposições fossem verdadeiros preceitos legais. Surgiu, assim, dessa equiparação do contrato à lei, no que diz respeito à sua força obrigatória, o princípio *pacta sunt servanda*.<sup>3</sup>

Significa que os negócios jurídicos devem ser cumpridos sobre o mesmo fundamento que impõe que a lei deve ser obedecida, lembrando que a vontade aqui dita deve ser também aquela aceita socialmente.

A força obrigatória dos contratos é justificada pelo liberalismo do séc. XIX, na medida em que existia o pensamento de que, se os contratantes alienavam livremente sua liberdade, deveriam cumprir o acordado<sup>4</sup>, ainda que surgisse para uma das partes um dano considerável. Surge como decorrência do princípio da autonomia da vontade, visto que a possibilidade de intervenção do juiz na economia

<sup>2</sup> KOENDGEN, KRAMER/MUENCHENER apud Marques, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora RT. 2002, p. 49.

<sup>3</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1999, p. 10.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil, dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 9ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1980, p. 18.

do contrato atingiria o poder de as partes de se obrigarem<sup>5</sup>, o que estaria ferindo a própria liberdade de contratar.

Um tanto debatida, outra característica comum à época trata sobre a relatividade dos efeitos dos contratos que, em síntese, estipula que os contratos produzem efeitos apenas entre as partes e, por consequência, não geram obrigações e nem direitos a terceiros.

No entanto, a atual crítica é evidente haja vista que nem em todos os contratos seus efeitos repousam apenas para os seus contratantes; nesta linha o jurista Marcos Catalan explica:

Por vezes, os efeitos da contratação acabam estendendo-se a terceiros que não participaram da gênese do negócio jurídico, na medida em que os sucessores estão obrigados a adimplir as obrigações assumidas pelo devedor, e, muito embora os limites materiais da herança devam ser respeitados, os sucessores poderão ser responsabilizados por eventual descumprimento a eles imputável [...] Aliás, também não seria incorreto frisar que tal disposição de direitos poderá se dar não apenas em razão da sucessão *mortis causa*, mas também, a título *inter vivos*, como nas hipóteses de cessão de crédito, assunção de dívida ou transmissão de posição contratual.<sup>6</sup>

O consensualismo, outro elemento importante nesta análise, é aquele pelo qual o acordo de vontades manifestado pelos contratantes é suficiente à perfeição do contrato.<sup>7</sup> Todavia, esse consentimento deve ser livre e consciente, manifestado sem influências externas coatoras, nesse contexto:

Do dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais, retira-se o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito. Aqui, portanto, é a base da teoria dos vícios do consentimento, presente no Código Civil brasileiro, nos arts. 86 a 113. Se na formação do contrato estiver viciada a vontade de uma das partes, o negócio jurídico é passível de anulação.<sup>8</sup>

Passa a interessar ao direito, portanto, identificar qual vontade serve de fonte e legitimação do contrato, se a vontade interna ou se a vontade declarada. Assim,

---

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1995, p. 41.

<sup>6</sup> CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. 1ª ed. Curitiba. Editora Juruá. 2010, p. 52.

<sup>7</sup> DONNINI, op. cit., p. 12.

<sup>8</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 50.

nas discussões ao final do século XIX e início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos.<sup>9</sup>

Os fundamentos teóricos da teoria da vontade começaram a ser postos em xeque no cenário jurídico europeu, em especial na Alemanha, por meio das idéias de Büllow, Brinz, Zitelmann e Enneccerus, que acompanharam as transformações sociais ocorridas na segunda metade do século XIX durante o processo de plena expansão industrial.<sup>10</sup>

Neste ponto podemos observar mudanças sociais que tornaram sem grande valia a igualdade formal protegida pela lei, justamente porque aqui começam a surgir diplomas legislativos prevendo regime jurídico diferenciado, em algumas situações da vida social, para os sujeitos do negócio. Podemos citar os direitos entre o empregado e empregador, locador e locatário.

Isso foi acompanhado pela mudança de posição em relação à burguesia industrial, que no início do século XIX era compradora de terras e, no final do século XIX, passou à posição de vendedora de mercadorias, pois formada fundamentalmente pelos comerciantes. A contraposição da burguesia industrial não se dava mais com a classe fundiária, mas com a massa de “consumidores”. Isso provocou mudanças na função do contrato, pois a classe mercantil passou a encontrar maior segurança jurídica na teoria da declaração e não na teoria da vontade.<sup>11</sup>

Interessante análise o jurista Bruno Miragem nos proporciona ao lecionar que:

O conceito da igualdade formal, que tem sua origem na reação da Revolução Francesa contra estamentos privilegiados do Antigo Regime monárquico (nobreza e clero), atendeu aos reclamos da época em que se desenvolveu, e neste tempo teve, certamente, uma importante função de afirmação das liberdades públicas e da proteção do indivíduo contra o Estado.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>10</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos**. 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2009, p. 21.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>12</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 40.

Sobretudo, a antiga operação dos princípios clássicos no Estado liberal chega ao seu limite.

Aos poucos o credo cego na absoluta isonomia que permitiria a igualdade de forças no mercado vai ruindo. Vê-se que as livres rédeas mercadológicas não favorecem apenas aos mais habilitados, mas sim aos grupos economicamente mais fortes, Inicia-se então uma tentativa de mitigar estas diferenças que despontam por ocasião da formação do contrato estreitando o campo de atuação da autonomia da vontade.<sup>13</sup>

Fruto de injustiças, um contrato com base no objeto, e não na pessoa, preconizando a liberdade formal, desrespeitando e causando restrições ao sujeito mais frágil da relação, não merecia perdurar. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal, também como um modelo de moderação na economia.

Essa nova postura institucional não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação das riquezas. Por isso, não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio as ideias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais.<sup>14</sup>

Surge o Estado Social de Direito, trazendo normas de ordem pública com o objetivo claro de equilibrar os interesses individuais e sociais. Aos antigos princípios, juntam-se outros três: o da boa-fé objetiva; o do equilíbrio econômico e o da função social do contrato, que veremos no capítulo seguinte. Observemos que o contrato continua se originando da declaração de vontade, tendo força obrigatória e, se formando, em princípio, somente pelo consentimento das partes. E mais ainda, continua nascendo, em regra, da vontade livre.<sup>15</sup>

O Estado Social do Século XX não mais se ocupa apenas da organização política da sociedade e de meras declarações de direitos fundamentais do homem, também se encarrega de garantir

---

<sup>13</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1999, p. 29.

<sup>14</sup> JÚNIOR. Humberto Theodoro. **O Contrato e Sua Função Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004, p. 3.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1997, p. 9.

direitos sociais e econômicos. Nessa nova ordem jurídica, a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória, para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem à vontade dos contratantes.<sup>16</sup>

Logicamente a “nova autonomia” se monta com algumas restrições, precipuamente porque agora junto ao valor do interesse individual, agrega-se o interesse geral da comunidade, a utilidade que este contrato passa a ter para a sociedade, percebe-se que naturalmente se perpetuam os efeitos não só às partes contratantes.

Neste contexto, a moderna noção de autonomia privada se insere dentro de um quadro onde os fins condicionam os meios. Supera-se a mera noção de poder individual para que se dê lugar a uma visão de poder função<sup>17</sup>, ou seja, voltada para uma sociedade massificada. A liberdade do indivíduo remanesce, mas seu limite esbarra na prevalência das finalidades coletivas, até mesmo quanto ao dever geral de não causar danos a terceiros.

Neste novo contexto, ainda que mantida a estrutura jurídica liberal-burguesa na organização do sistema, não há nenhum sentido na proteção de um direito proprietário de conotação individualista [...] no momento histórico atual, caminha-se na direção da despatrimonialização dos bens jurídicos [...] não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico [...] estabelece-se restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para o desenvolvimento e preservação da dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico do direito civil no Código de 1916.<sup>18</sup>

Neste momento histórico o conceito de contrato passa por transformações. Quanto à autonomia da vontade, diversos dispositivos intervencionistas são incluídos no sistema jurídico, inclusive podemos exemplificar, na atualidade, o importantíssimo art. 1º do Código de Defesa do Consumidor<sup>19</sup>, o qual concede a suas normas caráter de ordem pública e interesse social. Entende-se que o ideal não é mais a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a satisfação das

<sup>16</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004, p.18.

<sup>17</sup> SILVA, op. cit., p. 32.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1998, p. 16.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. acesso em 27 de março de 2014.

necessidades dos contratantes (ou justiça comutativa), o equilíbrio das partes, tornando o contrato algo útil, de modo a evitar os excessos que por vezes possam surgir nessa relação.

Com o início da renovação da teoria contratual através de tendências sociais antes mencionadas, em virtude dos postulados de um novo Estado Social e da realidade da sociedade de massas, o Estado passa a intervir nas relações.<sup>20</sup> Nota-se que essa intervenção não se limita apenas ao Poder Legislativo, mas também pelos órgãos administrativos e pelo próprio Poder Judiciário, ao que lhe compete o controle do conteúdo do contrato, destarte ao controle das cláusulas abusivas.

A construção da chamada proteção dos consumidores nos países de primeiro mundo foi um processo lento que começou no início do século XX, ganhou impulso após a Segunda Guerra Mundial<sup>21</sup>, devido justamente ao crescimento da indústria dos bens de consumo de massa, assim como a crescente massificação do crédito e da atividade publicitária.<sup>22</sup>

Ocorre o que se convencionou denominar de despersonalização do contrato. Ou seja, em decorrência da distância, da crescente ausência de contato direto entre os contratantes, não mais se observará uma autêntica negociação dos termos do ajuste [...] ao mesmo tempo, o crescimento das empresas e a adoção de estruturas cada vez mais complexas de decisão pelas grandes corporações, terminam por dar causa a que, por parte destas, passe a existir a necessidade de uniformização dos contratos celebrados [...] Nasce aí, a figura das condições gerais dos contratos e dos contratos de adesão, que restringem a vontade de um dos contratantes apenas à decisão de celebrar ou não o ajuste.<sup>23</sup>

Interessante pesquisa do Programa das Nações Unidas<sup>24</sup> demonstra que o século XX é o século do consumo. As despesas com consumo aumentaram sem precedentes: em 1900, a despesa mundial com consumo era de 1,5 bilhão de dólares americanos; em 1998, o valor atinge 24 bilhões. Esse crescimento trouxe vários benefícios para a população, mas também problemas como a já dita uniformização dos contratos, juntamente com a perceptível desigualdade no

<sup>20</sup> MARQUES, op. cit., p. 208.

<sup>21</sup> SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009, p. 13.

<sup>22</sup> MIRAGEM, op. cit., p.39.

<sup>23</sup> MIRAGEM, loc. cit.

<sup>24</sup> Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1998, denominado Consumo para o Desenvolvimento Humano. Lisboa. Trivona. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas1998.aspx?indiceAccordion=1&li=li\\_Atlas1998](http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas1998.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Atlas1998)>. Acesso em: 14 mai. 2014.

tratamento entre o consumidor e o fornecedor. Essa distinção implicou justamente na edição de mecanismos que surgiram justamente para restabelecer o equilíbrio nas relações contratuais.

Antes da criação de um direito do consumidor, como resposta a estes conflitos, ocorreu o surgimento e desenvolvimento das entidades de defesa dos consumidores [...] no início da década de 60, dois fatos demonstram a importância que este movimento começava a ter: a mensagem do Presidente Kennedy ao Congresso Nacional dos Estados Unidos e a criação da International Organization of Consumers Union.<sup>25</sup>

Nesta linha, em 1962, o presidente John Kennedy, enuncia ao Congresso norte-americano a necessidade de proteção do consumidor, referindo como direitos básicos o direito à segurança, à informação, o direito à escolha e o direito a ser ouvido. Surgindo a partir de então, nos Estados Unidos, diversas leis de cunho protetivo aos consumidores.

Em 1972, realiza-se a Conferência Mundial do Consumidor, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do homem, e, no mesmo ano, a festejada Resolução 543 que dá origem à Carta Europeia de Proteção ao Consumidor.<sup>26</sup> Daí por diante, um número crescente de países deu início à elaboração e promulgação de leis com fins semelhantes: a proteção do consumidor.

No Brasil não foi diferente:

Com efeito, na década de 80 já havia se formado no Brasil forte conscientização jurídica quanto à necessidade de uma lei específica de defesa do consumidor, uma vez que o Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não mais conseguiam lidar com situações tipicamente de massa. Essa conscientização foi levada para a Assembléia Nacional Constituinte, que acabou por optar por uma codificação das normas de consumo. Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988, no seu art. 5º, inciso XXXII, determinou “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.<sup>27</sup>

Do mesmo modo determinou o constituinte ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme estipula o artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias.

<sup>25</sup> SODRÉ, op. cit., p. 22.

<sup>26</sup> MIRAGEM, op. cit., p. 36.

<sup>27</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo. Editora Atlas. 2009, p.10.

A sociedade industrial, depois dos excessos do liberalismo econômico do século XIX, entra no Século XXI como uma sociedade que escolheu institucionalmente uma concepção das relações econômicas que ultrapassa o princípio da igualdade formal outrora consagrada apenas por solenes declarações de direitos para assumir a postura de lutar concretamente contra as desigualdades existentes entre os seus participantes.<sup>28</sup>

As pessoas são diferentes e os economicamente mais fortes impõem seus interesses nas mais diversas situações, principalmente no mercado de consumo. O Estado Democrático acaba assumindo o papel de defender o sujeito mais fraco da relação: o consumidor, pois sem essa tutela específica, as normas jurídicas comuns não seriam suficientes para impedir muitas injustiças.

### 3 A APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS BANCÁRIOS

As primeiras questões que vem à tona quando falamos de contratos bancários dizem respeito às divergências e conflitos atinentes aos aspectos processuais. Neste cerne, um ponto específico que podemos enaltecer, o qual faz toda a diferença ao tratarmos da proteção contratual, refere-se ao campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Definirmos a quem cabe e a quem não cabe a tutela do CDC, ou melhor, quem é ou não é vulnerável na relação contratual.

O grande desafio do intérprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber “ver” quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor [...] a figura do consumidor somente aparece frente a um fornecedor. Nesse sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto [...] já o outro na relação tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 521.

<sup>29</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 66.

Assim, o CDC, criou quatro definições diferentes de consumidor no intuito de identificarmos quando há ou não relação de consumo, ou seja, seu campo de aplicação. Temos que consumidor é a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º parágrafo único); consumidor é toda vítima do evento danoso, na responsabilidade por acidente de consumo (art. 17); consumidores são todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V do Título I (“Das Práticas Comerciais”) (art. 29), e a definição mais objetiva de consumidor, prevista no art. 2º do CDC, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”<sup>30</sup>. Indaga-se, pois, qual seria o conceito de destinatário final. Na jurisprudência e na doutrina encontram-se diversas teorias sobre a interpretação dessa expressão, sendo as principais a interpretação finalista e a interpretação maximalista.

A interpretação quanto à finalidade é tida como a de característica mais aceita internacionalmente. Segundo essa vertente, “destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física, aquele que o utiliza para o uso próprio e de sua família”<sup>31</sup>, por equiparação também a coletividade, grupos de pessoas, por exemplo, a família (determináveis), e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis). Cumpre observar que não se inclui na definição legal o intermediário e aquele que compra com o objetivo de revender. Comumente, há casos em que se concentra em uma mesma pessoa ambas figuras (quando há em parte consumo intermediário e consumo final):

É o caso das montadoras de automóveis, que adquirem produtos para montagem e revenda (autopeças) ao mesmo tempo em que adquirem produtos ou serviços para consumo final (material de escritório, alimentação). O destino final é, pois, a nota tipificadora do consumo.<sup>32</sup>

Já na concepção maximalista, o CDC é aplicado a todos os agentes do mercado, tanto para consumidores quanto para fornecedores. Para essa teoria não

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. acesso em 15 de maio de 2014

<sup>31</sup> MARQUES. op. cit., p. 254.

<sup>32</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2003, p. 38.

interessa a existência (ou inexistência) de intuito econômico no uso do produto ou serviço pelo adquirente, assim:

Para essa teoria, somente se não houver retirada do mercado do bem (ou seja, somente no caso de revenda do produto ou recomercialização do serviço, sem qualquer modificação nestes), o adquirente deixará de ser considerado como consumidor.<sup>33</sup>

Visivelmente é uma teoria mais abrangente, mas não tem sido a melhor das alternativas quando tratamos do assunto.

De todo modo, as relações entre iguais estão bem reguladas pelo Código Civil de 2002, pelo que restou do Código Comercial de 1850 e pelas leis especiais privilegiadoras dos comerciantes<sup>34</sup>. Após 14 anos de discussões o STJ decidiu por adotar um finalismo aprofundado, baseado no princípio da vulnerabilidade e o uso das equiparações de consumidor. Logicamente, a sua definição deve levar em conta o princípio da vulnerabilidade para sua correta caracterização, pois o consumidor é sempre vulnerável, seja sob o enfoque biológico, estrutural, político, técnico e demais realidades passíveis de ocorrência. No entanto, o objetivo deste trabalho não é diferenciar as inúmeras formas de vulnerabilidades, mas acreditamos que a mais comum é a técnica, que acontece quando o consumidor não detém o conhecimento sobre os materiais empregados no produto, não sabe o porquê de um produto ser melhor que o outro, tampouco sobre os efeitos que podem produzir<sup>35</sup>. Ela se configura por uma série de motivos, precipuamente quando há um déficit de informação, informações incorretas e até mesmo quando o excesso dessas impede que o consumidor enxergue o que realmente lhe importa.

Nitidamente, um sujeito comum que está prestes a firmar um contrato com um banco, no momento da assinatura desse serviço, o assina confiando nas mensagens passadas pelo vendedor (há uma obrigatoriedade de haver boa-fé nessa relação), pois muitos dados são confusos para este contratante, seja pela especificidade da matéria bancária ou pela imensa quantidade de cláusulas que regem a obrigação, bem como por que trata-se tipicamente de um contrato de adesão, o qual as cláusulas não são discutidas.

---

<sup>33</sup> NETO, Orlando Celso da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013, p. 33.

<sup>34</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 72.

<sup>35</sup> MORAES, op. cit., p.141.

Pela simples leitura do artigo 3º, §2º do CDC, perfeitamente podemos enquadrar os serviços bancários como um conceito de serviço abrangido por esse Diploma, inclusive é importante salientar que o Código Comercial Brasileiro (de 1850) e o artigo 19, parágrafo 2º do Regulamento 737/1850, já definiam a atividade dos banqueiros como de mercancia.<sup>36</sup>

Sabidamente, pode o produto da atividade comercial do banco ser o crédito. Na condição de prestadores de serviço quando recebem tributos, fornecem extratos de contas bancárias, celebram contrato de aluguel de cofre para a guarda de valores, entre outros. A princípio, podemos identificar que o aspecto central da problemática reside na finalidade dos contratos, na diferença entre contratar um produto ou um serviço para si ou para repassá-lo a terceiro.

Caso o devedor tome dinheiro ou crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há relação de consumo; caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado para repassá-lo, não será destinatário final, e, portanto, não há que se falar em relação de consumo.<sup>37</sup>

Porém, não foi isso que alguns bancários entenderam (ou entendem até hoje). A aplicação do CDC às relações bancárias foi um trabalho muito árduo para os juristas militantes à proteção do consumidor. Em um primeiro momento, presenciou-se um período de grandes esforços dos bancários para barrar a sua aplicação, pois notadamente, esses não queriam se submeter a normas que lhe trouxessem novas obrigações àquelas já acostumadas, ponto em que se apresenta a ADin 2.519 que, julgada no Supremo Tribunal Federal, decidiu a questão da constitucionalidade formal e material da aplicação do CDC a estes importantes contratos.

### 3.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.591

Como referido, as instituições financeiras, especialmente as bancárias, sempre se opuseram à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às suas atividades. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, proposta pela

<sup>36</sup> BRASIL. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2014.

<sup>37</sup> BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2009, p.178.

Confederação Nacional do Sistema Financeiro, apresentou diversos fundamentos para a não aplicação, dentre os quais se destaca a possibilidade da inconstitucionalidade da norma sob o ponto de vista formal e material. Formal, na medida em que o artigo 192 da Constituição Federal exige que Lei Complementar discipline as matérias concernentes ao Sistema Financeiro Nacional, já sob o ponto de vista material, no sentido de que as especificidades do Sistema Financeiro Nacional seriam incompatíveis com o regime protetivo do CDC.

Trata-se de importantíssimo julgamento, tanto pela relevância do tema como pela profundidade com que o STF o analisou. Assim, ao pacificar a controvérsia em favor da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, o STF embasou a sua decisão em diversos argumentos, dos quais é possível extrair preciosos ensinamentos.<sup>38</sup>

Quanto à possível afronta à reserva constitucional estabelecida no artigo 192 da Constituição Federal, acompanhando o argumento do acórdão, entendemos pela sua não existência, pois não há que se falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, ambas estão no mesmo patamar. Ainda, prevalece o entendimento de que tal artigo exija lei complementar apenas para reger a sua organização e funcionamento, diz respeito apenas a normas atinentes à estrutura do Sistema Financeiro Nacional, não há qualquer inconstitucionalidade na determinação de sua aplicação aos serviços financeiros, bancários, de crédito e securitários.

Nesse aspecto, salienta o Min. Eros Grau em seu voto:

Não há dúvida, de outra parte, quanto à circunstância de a exigência de lei complementar veiculada pelo artigo 192 da Constituição abranger apenas o quanto respeite à regulamentação - permito-me exorcizar o vocábulo "regulação", em razão do tanto de ambigüidade que enseja - regulamentação, dizia, da estrutura do sistema. O sistema haveria de estar a serviço da promoção do desenvolvimento equilibrado do País e dos interesses da coletividade - diz o preceito - e, para tanto, a Constituição impõe sua regulamentação por lei complementar. Mas apenas isso. Os encargos e obrigações impostos pelo Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, atinentes à prestação de seus serviços a clientes - isto é, atinentes à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram, todas elas, operações bancárias e serviços bancários, na dicção do

---

<sup>38</sup> MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 280.

Ministro Nelson Jobim - esses encargos e obrigações poderiam perfeitamente, como o foram, ser definidos por lei ordinária.<sup>39</sup>

Portanto, o entendimento predominante foi em vista de uma interpretação restritiva, de modo que haveria exigência de lei complementar para a regulação da matéria apenas na situação em que a própria Constituição Federal assim dispusesse.

Ademais, foi refutado o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor teria derogado a Lei 4595/64 (que disciplina o sistema financeiro) e do Dec.Lei 73 (que dispõe acerca do sistema nacional de seguros privados), visto que essas duas últimas tratam-se de leis ordinárias, restritas à estruturação do Sistema Financeiro Nacional.

Corroborando o exposto;

Se a relação jurídica forma-se entre o cliente consumidor e a instituição financeira, incidem sobre ela as normas do CDC. De outro modo, se, mesmo no que toca a essas relações, estiverem envolvidas questões maiores, que digam não somente à instituição financeira individualmente considerada, mas ao sistema financeiro como um todo, fica o CDC afastado, aplicando-se em seu lugar, as normas próprias de regulação do Sistema Financeiro Nacional - Lei 4.595/64 e atos normativos editados pelo CMN e pelo BCB -.<sup>40</sup>

Superando esta etapa, conseguimos entender por que o Código de Defesa do Consumidor deve tutelar as relações entre o cliente e a instituição financeira. Vemos que a proteção do consumidor é um direito fundamental e não deve ser relativizado para o tratamento de um ou outro serviço que, por bem dessas instituições apenas, entendam adequado assim fazê-lo. Tanto por ser um princípio conformador da ordem econômica (artigo 170, V da Constituição Federal), como por ser sua regulamentação por lei ordinária uma imposição constitucional, fala-se em uma aplicação horizontal do CDC, pois esse abarca todas as atividades econômicas em

---

<sup>39</sup> BRASIL, Brasília. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 2591**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. 07 jun. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Adi2591\\_vistaEros.pdf](http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Adi2591_vistaEros.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

<sup>40</sup> PRATES, Marcelo Madureira; Coordenação: Arnaldo Wald. **Código de Defesa do Consumidor e Consumidores Bancários: ainda as repercussões da ADin 2.591/DF. A perspectiva publicística**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, nº 40, p. 31, abr./jun. 2008.

que haja relação de consumo, a fim de estabelecer a proteção da parte vulnerável (o consumidor)<sup>41</sup>. O CDC não garante imunidade às instituições financeiras.

Sabidamente, o CDC já previa proteção ao cliente de instituição financeira, mas devido as dúvidas que surgiram quanto a sua aplicação, foi pertinente a edição da Súmula 297 do STJ consolidando isso. E não poderia ser diferente, haja vista os numerosos registros, tanto dos Procons espalhados pelo Brasil, como dos colhidos pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça<sup>42</sup>, de que o consumidor bancário ou financeiro está entre os mais insatisfeitos. Em resumo, mediante uma breve reflexão histórica acerca dos prejuízos que esses consumidores vinham (e vem) sofrendo, devido a celebração de incontáveis contratos maliciosos que por muitas vezes nem chegam aos patamares da justiça, não há como discordar da decisão adotada na referida ADin.

#### 4. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Passemos agora a analisar esse tema sobre as cláusulas abusivas, suas características e o importante meio de controle que faz toda diferença para o próprio equilíbrio da relação contratual.

Podemos dizer que a evolução da sociedade foi o fator mais importante no surgimento dessas cláusulas, especialmente no período denominado de Revolução Industrial. A queda dos custos de produção significou o aumento da qualidade de vida da população, que, por conseguinte, passou a comprar mais e a vender mais. Assim como as técnicas de produção evoluíram para suprir tal demanda, as técnicas comerciais também se alteraram, justamente para se agilizar esse processo de contratação, pois mais tempo traduz-se em mais clientes, mais compradores. Os comerciantes, para suprir tal necessidade de consumo, adotaram a chamada contratação uniforme ou padronizada (e também a contratação popularmente chamada de adesão), assim, as “regras do jogo” seriam impostas de pronto,

---

<sup>41</sup> MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 288.

<sup>42</sup> BRASIL. **Indicadores Públicos: Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={80F6148E-C535-4E4D-B18E-D29159059050}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7B99BAE37D-6794-4943-A02D-B2B48B55A970%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

necessitando apenas da concordância (ou assinatura) do contratante para que o negócio se realizasse.

O Estado, ao vislumbrar que essa massificação dos contratos estava causando certo prejuízo para uma das partes (o consumidor), resolveu também evoluir da sua maneira, adequar-se ao momento em que a sociedade estava passando, oportunidade em que se começou a falar em intervenção estatal. Sabendo disso, as grandes indústrias e os comerciantes em geral ficaram polvorosos, pois enxergaram isso como uma situação que pudesse prejudicá-los financeiramente. Novos critérios seriam adotados, novas leis surgiriam e como ficaria a situação do comerciante frente a isso?

Claramente, aos olhos do consumidor, essa não foi a melhor atitude praticada pelos industriais, eis que acostumados com a elaboração conjunta desse pacto entenderam por não mais admitir uma relação na qual apenas o mais forte ditasse as regras (comerciante) e o mais fraco obedecesse (contratante). Tornou-se necessário o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e, assim, identificar quais as cláusulas (nesse contrato) geram o desequilíbrio econômico, a onerosidade excessiva para uma das partes. Foi adotado o princípio da boa-fé para regular todos os negócios jurídicos, trazida também essa ideia pelo Código de Defesa do Consumidor:

Exige o CDC a boa-fé dos contratantes porque pressupõe o contrato não como síntese de interesses contrapostos ou pretensões antagônicas, mas como instrumento de cooperação entre as partes, que devem comportar-se com lealdade, honestidade, de maneira que não frustrem mutuamente as legítimas expectativas criadas ao redor do negócio jurídico.<sup>43</sup>

Ou seja, por meio desse dispositivo, a boa-fé atua como referencial de conciliação dos interesses conflitantes, para que haja a manutenção do equilíbrio contratual na relação de consumo. Oportuno o exemplo:

Nos contratos de adesão de consórcio para aquisição de bens, a cláusula que limita a devolução do numerário (devidamente corrigido) somente para o final do plano deve ser preservada, apesar de não satisfazer ao interesse do consorciado em obter a imediata restituição do que pagou, porquanto o interesse social mais forte

---

<sup>43</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2003, p.71.

reside na conservação dos consórcios como instrumento útil para a economia de mercado, facilitando a comercialização das mercadorias, e estimulando a industrialização, finalidade esta que não deve ser desviada ou dificultada com interesse imediatista do consumidor individual que se retira do grupo.<sup>44</sup>

Para alguns doutrinadores, a cláusula abusiva tem como fonte inspiradora o abuso do direito:

Uma cláusula contratual poderá ser tida como abusiva quando se constitui um abuso de direito (o predisponente das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, tem o direito de redigi-las previamente; mas comete abuso se, ao redigi-las, o faz de forma a causar dano ao aderente). Também será considerada abusiva se fere a boa-fé objetiva, pois, segundo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há que haver equivalência em todas as trocas. Presumir-se-á também abusiva a cláusula contratual quando ocorrer afronta aos bons costumes, ou quando ela se desviar do fim social ou econômico que lhe fixa o direito. A aferição dessas condições não se faz, contudo, através da indagação da real intenção das partes intervenientes no contrato.<sup>45</sup>

Para outros doutrinadores, o instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o abuso do direito do artigo 160 do Código Civil de 1916 [...] sendo aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca da relação contratual<sup>46</sup>. O importante é perceber que, quer se trate de abuso de direito de ato lícito, quer se trate de ato ilícito, de qualquer modo sempre prevalecerá o aspecto subjetivo da relação contratual, na medida em que é a conduta do estipulante que será objeto de análise pelo magistrado.

Indiscutivelmente, as cláusulas abusivas sempre existiram, ainda que lhes fossem atribuídas outras designações, como a de cláusulas leoninas, vexatórias etc. Passam a ter uma importância maior em decorrência da proliferação dos contratos.<sup>47</sup>

A expressão cláusula abusiva pode ser interpretada como cláusula opressiva, cláusula onerosa ou, ainda, cláusula excessiva. É aquela que notoriamente é mais

<sup>44</sup> JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **A Boa-fé na Relação de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, p.22, abr./jun. 1995.

<sup>45</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1993, p. 127.

<sup>46</sup> JÚNIOR, Nelson Nery; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1999, p. 489.

<sup>47</sup> GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas**. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2001, p. 14.

desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, no caso, o consumidor<sup>48</sup>, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca. Ainda, o abuso ocorre sempre que, aparentemente usando de um modo regular, haja uma distorção do mesmo, por um desvio de finalidade<sup>49</sup>, de modo a prejudicar a outra parte interessada ou a terceiros.

Abusivas são as cláusulas que, em contratos entre as partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas [...] são cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação.<sup>50</sup>

Não pretendendo exaurir o tema com o que seria exatamente o desequilíbrio significativo do contrato e todas as suas formas, podemos exemplificar com alguns conceitos estabelecidos, no direito europeu, pela Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 como:

Autorizar o profissional a rescindir o contrato de forma discricionária sem reconhecer essa faculdade ao consumidor, bem como permitir ao profissional reter os montantes pagos a título de prestações por ele ainda não realizadas quando é o próprio profissional que rescinde o contrato; Declarar verificada, de forma irrefragável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato; Autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo, dentre outras.<sup>51</sup>

Ao longo da história, assim como o direito europeu foi identificando a existência dessas cláusulas, o direito anglo-saxão não ficou para trás (com a edição do Uniform Commercial Code, nos Estados Unidos) dando a possibilidade do juiz anular toda a cláusula considerada abusiva.

<sup>48</sup> JÚNIOR, Nelson Nery; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 2004, p. 513.

<sup>49</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Cláusulas abusivas. natureza do vício e decretação de ofício**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.23-4, p.124, jul./dez.1997.

<sup>50</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo. Editora Saraiva. 1994, p. 03.

<sup>51</sup> Vide BRASIL. **Diretiva 93/13/CEE** de 5 de abril de 1993. sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados com consumidores, Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 100 A. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>>. Acesso em: 02 de jun. 2014.

Da mesma forma, a legislação de Cabo Verde, a Lei nº 88/V/98, de 31 de dezembro, aprovou o regime jurídico de proteção e defesa dos consumidores, dispõe no seu artigo 13 (condizente à proteção dos interesses econômicos):

O consumidor tem o direito à proteção dos seus interesses econômicos, impondo-se nas relações jurídicas do consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e prestadores de serviços estão obrigados: a) À redação clara e precisa, em caracteres facilmente legível, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.<sup>52</sup>

No Brasil, o CDC definiu alguns dispositivos os quais embasam a necessidade da proteção contratual. Podemos citar o reconhecimento da vulnerabilidade, previsto no artigo 4º, inciso I e III, o art. 6º, inciso IV (proteção contra as práticas e cláusulas abusivas) e o próprio capítulo VI, sessão I, II e III que trata pontualmente sobre a proteção contratual, das cláusulas abusivas e dos contratos de adesão. Não menos importante, é previsto no seu artigo 51 um rol exemplificativo caracterizando a sua abusividade quando, no caso concreto, for identificada (exemplificativo, pois nitidamente poderíamos caracterizá-la em outros casos não previstos expressamente nesse diploma), bem como a sua imposição de nulidade de pleno direito. Ainda, o inc. XV do referido artigo contém norma de encerramento, que dá possibilidade ao juiz de considerar abusiva a cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Ademais, vemos que o CDC não distingue a nulidade da anulabilidade, admitindo apenas a nulidade de pleno direito – absoluta –, ao contrário do Código Civil de 1916 (distingui em nulidade e anulabilidade).

Oportuno mencionar que as relações de consumo são regidas pelo princípio da boa-fé como cláusula geral (artigo 4º, caput e inc. III do CDC), de sorte que aquela que infringir esse princípio é considerada abusiva.

Lembrando que, não é só por sua existência ser mais comum em contratos de adesão, que aos demais contratos não seja cabível sua proteção. Havendo cláusula

---

<sup>52</sup> Vide BRASIL. **Lei nº 88/V/98**, de 31 de dezembro. Disponível em: <[http://adeco.cv.free.fr/lei\\_consumidor.htm](http://adeco.cv.free.fr/lei_consumidor.htm)>. Acesso em: 02 de jun. 2014.

identificada como abusiva pelo CDC, é irrelevante tratar-se de contrato de adesão ou contrato de comum acordo (basta que seja relação jurídica de consumo).

Interessante ressaltar que o sistema de nulidades não é único no direito brasileiro, quer no âmbito civil, quer no comercial ou administrativo. Podemos dizer que, modernamente, as invalidades reclamam tratamento microssistêmico, a fim de serem atendidas as peculiaridades de cada um dos microssistemas jurídicos *per se*. Esse é precisamente o caso do Código de Defesa do Consumidor.<sup>53</sup>

Revedo as regras de nulidades do processo civil brasileiro, sabidamente vemos que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar no ato ou negócio jurídico, diferente das nulidades absolutas, que precisam de pronunciamento judicial para produzirem seus efeitos. Nesse diapasão, quando tratamos do CDC, não há razão em falarmos de nulidade absoluta ou relativa das cláusulas contratuais abusivas.

No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública são insuscetíveis de preclusão.<sup>54</sup>

Entendemos que a nulidade de pleno direito seja a mais grave sanção civil no ordenamento, pois determina a rejeição absoluta de determinada cláusula. No entanto, parte da doutrina passou a argumentar que a sanção própria seria a de nulidade pendente de rescisão, ou ineficácia. A crítica surge no sentido de que a nulidade deve ser argüida pelo interessado mesmo que nem todas sejam evidentes de pronto.

A experiência brasileira na aplicação do CDC vem demonstrando a opção da jurisprudência no reconhecimento da invalidade da cláusula – não do negócio – cumprindo ao juiz promover os esforços de integração do contrato, preenchendo a lacuna decorrente da nulidade da cláusula em vista da boa-fé e do equilíbrio contratual.<sup>55</sup>

Não obstante, vem se reconhecendo a aplicação *ex officio* da nulidade das cláusulas abusivas. A exceção a isso, contudo, é o entendimento firmado pelo

---

<sup>53</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. op, cit., p. 519.

<sup>54</sup> Ibid, p. 521.

<sup>55</sup> MIRAGEM, op, cit., p. 333.

Superior Tribunal de Justiça, que resultou na edição da Súmula 381, objeto de estudo do presente trabalho.

Oportuno salientar que o juiz, quando trata de uma lide envolvendo direitos de um consumidor, no momento em que decide anular essa cláusula deixa de ser mero espectador da lide que se desenrola à sua frente. Mas isso não seria uma afronta aos princípios da imparcialidade do juiz, impulso oficial ou o princípio do dispositivo? Entendemos que não, pois isso não significaria a quebra da imparcialidade; o que se procura, ao contrário, é a aplicação de uma tutela jurisdicional efetiva, obediente ao princípio do devido processo legal, que não só sirva ao processo, mas, também, ao direito material<sup>56</sup>. Dessa forma, deverá o julgador interpretar, por exemplo, o que seja vantagem exagerada, sempre que se vislumbrar qualquer situação que se mostrar condizente com o artigo 51 do CDC<sup>57</sup>. Tudo isso deverá ser aplicado ainda que a parte interessada não tenha invocado em sua defesa tal situação, veremos a razão disso a seguir.

#### 4.1 O CDC ENQUANTO NORMA DE ORDEM PÚBLICA

Ao tratarmos do assunto sobre as cláusulas abusivas, vimos que o CDC abandonou o sistema de nulidades previsto no Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil e outras leis extravagantes, justamente porque aos patamares do CDC, tais cláusulas ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor (artigo 1º do CDC), mas o que isso realmente significa?

Normas de ordem pública e interesse social qualificam o CDC como um direito que não pode ser renunciado, são direitos indisponíveis, neste ponto:

Visando a impedir a exploração do mais fraco pelo mais forte, e os abusos decorrentes do acentuado desequilíbrio econômico entre as partes, o Estado procura regular, através de disposições legais cogentes, o conteúdo de certos contratos, de modo que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei, não podendo, naquelas matérias, regular diferentemente seus interesses.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1996, p.31.

<sup>57</sup> NAHAS. Thereza Christina. **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**. 1ª edição. São Paulo. Editora LTR. 2002, p.98.

<sup>58</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 2004, p. 25.

Vimos que o CDC advém de um mandamento constitucional com o intuito de consagrar um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal e o artigo 48 do ADCT). No artigo 170, inciso V, também da CRFB, a defesa do consumidor foi consagrada como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade. São dispositivos que orientam a atuação do Estado e da sociedade, são valores fundantes e dirigentes<sup>59</sup>, adaptados à realidade para uma maior eficácia dos direitos protegidos pela lei maior. Portanto, o desrespeito desse dispositivo traz, por conseguinte, afronta à própria Constituição:

Faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor desses direitos, o que vai determinar do poder público, não apenas uma proibição de excesso, mas também a proibição da omissão.<sup>60</sup>

Assim, abandona-se um Estado liberal em favor de um Estado social, precipuamente quando mencionamos ser a norma de interesse social. Fala-se que o CDC é lei principiológica, de forma que toda a legislação que venha a regular as relações de consumo devem se enquadrar aos preceitos ali estabelecidos<sup>61</sup>. Sendo assim, tudo o que disser respeito à proteção dos consumidores (seja na relação civil, administrativa, bancária e outras) será regulada pela lei consumerista, mesmo se já existir ou vier a existir norma especial dispendo de maneira diversa. Daí o caráter de ordem pública da legislação infraconstitucional e a correspondente limitação da autonomia privada que a lei expressamente permite<sup>62</sup>.

No que tange especificadamente ao “interesse social”:

O Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. [...] A comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretender o Código do Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças.

<sup>59</sup> SAMPAIO, Aurisvaldo; et al. **Estudos de Direito do Consumidor**: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei de Ação Civil Pública). 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005, p. 124.

<sup>60</sup> Ibid, p. 138.

<sup>61</sup> CARVALHO NETO, Wolney Maciel de. **O Código de Defesa dos Consumidores como norma principiológica e a inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29452&seo=1>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

<sup>62</sup> MIRAGEM, op. cit., p. 59.

[...] haverá muitas vezes que tratar desigualmente duas personagens das sobreditas relações de consumo (fornecedores e consumidores), porque claramente desiguais.

Os ditames impostos pela lei 8.078/90 deverão ser observados, porquanto é essa a vontade do Estado, sob pena de nulidade daqueles atos praticados em desconformidade com o estabelecido pela norma de ordem pública<sup>63</sup>. Ainda, como norma de interesse social, traz consigo o objetivo de proteger não somente o consumidor enquanto indivíduo singular, mas a toda coletividade.<sup>64</sup>

## 5. DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 381 DO STJ

Passados mais de vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema relativo aos direitos fundamentais ainda é alvo de interessantes debates na atualidade. Infelizmente, observa-se que por diversas vezes são tratados de forma vaga e imprecisa (tanto pela doutrina, como pela própria jurisprudência), o que acaba por ferir o próprio complexo de direitos fundamentais, inclusive quando esses são utilizados como fundamento para afronta de outros direitos fundamentais.

Nesse cenário menciona-se a edição da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça que impossibilitou a decretação de ofício, pelo juiz, de cláusulas abusivas, mas curiosamente, apenas quando tratar-se de contratos bancários. Entendimento que desvia totalmente dos preceitos estabelecidos, tanto no Código de Defesa do Consumidor (pois já visto que contrato bancário é relação de consumo), como pela própria Constituição Federal, como veremos.

Nota-se que os direitos fundamentais são considerados princípios em sentido estrito e não diretrizes, assim como os princípios da ordem econômica previstos no artigo 170, o disposto nos artigos 1º, *caput* e incisos II, IV e V da CF<sup>65</sup>, sendo assim, os princípios “aparecem como mandamentos nucleares do sistema, pontos de

<sup>63</sup> DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4832>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Alexsandro Gomes de. **O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos Bancários**. Tocantins, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/Q20209030547.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

<sup>65</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8º ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2003, p. 61.

autorreferência e manutenção da ordem, unidade e coerência sem as quais não se há falar em sistema jurídico<sup>66</sup>. Lembramos que Direitos Fundamentais vinculam também os particulares protegendo um cidadão perante o outro, a defesa do consumidor como direito fundamental (artigo 5º, XXXII da CF) é um exemplo, pois mesmo que o Estado não interfira diretamente na relação entre dois particulares, devem ser respeitadas as normas de ordem pública e interesse social.

Há muitos direitos fundamentais sociais que, considerados direitos a prestação por excelência, contêm posições relacionadas em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, o qual, muitas vezes, é considerado como um direito fundamental social, ou pelo menos “como algo a ele próximo”. Difere do direito à assistência social, que exige apenas uma prestação fática.<sup>67</sup>

Os princípios são normas porque têm uma estrutura deontológica, já que expressam um dever ser, no sentido de que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes<sup>68</sup>, a Constituição dá a base para a criação, validade e realização das normas da ordem jurídica, tem o papel de compor a base da fundamentação do sistema jurídico. Os princípios servem a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guiar a nortear a opção de interpretação.<sup>69</sup>

Sobretudo, aprendemos que, em nosso ordenamento jurídico, diante da existência de sistemas e microssistemas, como o Direito Privado, o direito do consumidor e o Direito da infância e Juventude, resta indiscutível a importância do pensamento sistemático, que possa alcançar os princípios de justiça e segurança:

O sistema cumpre duas tarefas na obtenção do Direito: para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma – o que conduz interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e para a garantia e realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito – porquanto mostra as inconseqüências valorativas,

<sup>66</sup> CALGARO, Gerson Amauri. **A Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito Privado, São Paulo, vol. 47, p. 478, jul./set. 2011.

<sup>67</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. **A Inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 73, p. 13, jan./mar. 2010.

<sup>68</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo. Editora RT. 1998, p.317.

<sup>69</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2001, p. 57.

propiciando a delimitação de ameaçadoras contradições de valores e lacunas<sup>70</sup>

Entendemos que o direito não se dispersa numa multiplicidade de valores desconexos e, sim, como ordem de unidade, sendo composto por uma pluralidade de direitos.

Nessa linha de raciocínio, notemos que o direito à proteção do consumidor, visto que direito fundamental inserido dentro de um complexo de inúmeros outros direitos, também deve ser protegido, assim como outros tantos, merece não só a proteção do Estado pela edição de leis como:

Que o Estado se abstenha em determinada relação de consumo, como não interferir nos preços de certos produtos e serviços [...], de que o Estado proteja o titular contra intervenções lesivas de terceiros, tais como práticas abusivas do fornecedor em prejuízo do consumidor, como imposição de cláusulas abusivas, a venda casada. Também, que o próprio Estado tome medidas fáticas para proteção do consumidor. Um direito a que o Estado edite normas, como a criação de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor em conformidade com a legislação federal sobre o assunto, prevendo, expressamente, um fundo Estadual de Defesa do Consumidor, conforme previsão dos artigos 57 do CDC e 29 do Dec. 2.181/1997.<sup>71</sup>

Assim, encontrando-se um cidadão na posição de merecedor do direito fundamental, não pode o Estado se omitir. O Estado está proibido de deixar de proteger o consumidor, impondo-se, uma intervenção ativa para propiciar sua adequada e efetiva tutela. Neste ponto, nota-se que pelo princípio da proibição da proteção deficiente (ou proibição por defeito, um sub-princípio da proporcionalidade), também não pode o judiciário utilizar-se de meio insuficiente, aquém do esperado, para atingir um fim almejado, caracterizando, da mesma forma, omissão do Estado.

Submetido, por exemplo, um contrato de consumo ao Poder Judiciário, está vinculado o juiz à aplicação integral destas normas sistematicamente complexadas sob pena de ferir a unidade e ordem deste sistema, quebrando a segurança expectada e denegando justiça.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Docstoc, Coimbra. 2003, p. 18. Disponível em: <<http://www.docstoc.com/docs/120317705/Claus-Wilhelm-Canaris---Pensamento-Sistem%C3%A1tico-e-Conceito-de-Sistema-na-Ci%C3%A2ncia-do-Direito>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Editora Malheiros. 2006, p. 193.

<sup>72</sup> CALGARO, op. cit., p. 469.

Portanto, compreendemos que o Estado deva apresentar uma postura ativa (positiva) na concretização dos direitos fundamentais (se assim a exigirem), de modo que possamos afirmar a presença do Estado Social a partir do reconhecimento da solidariedade e ética nas relações, diferentemente do que vislumbrávamos no Estado Liberal do Século XIX em que o particular regulava livremente suas relações negociais.

Mas como admitir, por exemplo, a prevalência do princípio da autonomia da vontade diante de cláusulas contratuais manifestamente abusivas? Em relações de desigualdade de partes, o Estado tem o dever de atuar para a proteção do mais fraco. Igualdade e Liberdade são incompatíveis. Quanto mais se busca a igualdade, mais se renuncia a liberdade.<sup>73</sup>

Aliás, ao se falar em igualdade, não podemos deixar de mencionar que a Súmula em questão, curiosamente, só impede a decretação de ofício de cláusulas abusivas quando na lide consumerista há em um dos pólos o banco. Em nenhum momento, há a menção de aplicação da Súmula a outras atividades (como telefonia e securitária), o que, visivelmente, não só viola o princípio da isonomia como todo o sistema de proteção ao consumidor, visto que o tratamento desigual, neste caso privilegia a parte mais forte na relação (o banco), enquanto que a parte mais fraca (consumidor), vulnerável (e até as vezes hipervulnerável), acaba sendo prejudicado, ironicamente por se caracterizar uma relação de consumo.

Nesse contexto, é fácil compreender por que, no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento específico e diferenciado, conferindo-se-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo.<sup>74</sup>

É claro que a publicação do enunciado nº 381 da súmula da jurisprudência dominante do STJ gerou - e gera - muitos resultados indesejáveis aos olhos dos consumidores e aos juristas que o defendem, inclusive, podemos mencionar um possível retrocesso judicial no que toca a evolução da teoria do contrato,

---

<sup>73</sup> TRAJANO, op. cit., p. 70.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Editora Saraiva. 2009, p.1414.

principalmente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Corroborando isso, podemos mencionar o julgado do Recurso Especial nº 369.069<sup>75</sup>, qual fundamentação utilizada monocraticamente pelo Ministro Castro Filho não identificou ser *ultra petita* o julgamento que anulava, de ofício, a cláusula abusiva, justamente por ser o Código de Defesa do Consumidor diploma de ordem pública. Esse brilhante entendimento representava o posicionamento da jurisprudência até a edição da Súmula 381, em abril de 2009.

Pelo fato do consumidor ter antes o Judiciário ao seu lado, assegurando um direito que lhe deve e, posteriormente, ter a sua esfera de proteção reduzida, no momento em que surge a Súmula em questão, resta evidente o retrocesso no seu direito fundamental à defesa (art. 5º, XXXII da CF), pois logicamente, a Constituição veda, ainda que implicitamente, a supressão ou redução de direitos fundamentais a níveis inferiores aos já alcançados e garantidos.

A súmula 381 padece de todos os vícios possíveis, representando verdadeiro retrocesso no direito do consumidor, o que é vedado pelo princípio da proibição de retrocesso, além de afrontar, inclusive, o equilíbrio dos três poderes, pois o Supremo Tribunal de Justiça editou Súmula que vai de encontro à opção do legislador, que foi defender o direito do consumidor e exigir que o juiz ou Tribunal declare de ofício e a qualquer momento a nulidade de cláusulas abusivas, ainda que em contratos bancários.<sup>76</sup>

Logo, após o Estado ter implementado um direito fundamental, não pode este restringi-lo, sem que haja uma medida compensatória no mínimo ao mesmo nível, o que se justifica pela característica da progressividade:

Isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações da vida cotidiana, mas dita alteração apenas pode vir a acontecer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 369.069**. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Carlos Alberto Pereira de Oliveira. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 25 nov. 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=780806&sReg=200101323112&sData=20031215&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=780806&sReg=200101323112&sData=20031215&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>76</sup> PETRY, Alexandre Torres. **A Súmula 381 do STJ Como Afronta ao Sistema dos Direitos Fundamentais**. Direito & Justiça: revista de direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 117, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12537>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>77</sup> MELO, Geraldo Magela. **A Vedação ao Retrocesso e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-66, jul./dez. 2010. Disponível em: <

Neste sentido, importante destacar o instituto do Diálogo das Fontes, a fim de que o aplicador da lei possa dar um efeito útil a um grande número de normas narrativas, aos valores constitucionais e, sobretudo, aos direitos humanos<sup>78</sup>. A defesa do consumidor deve ser garantida na interpretação não apenas de uma legislação, mas de todas que lhe tragam benefício. O reconhecimento do instituto do Diálogo das Fontes “permite assegurar à pessoa humana, consumidora, uma tutela digna e especial conforme os princípios constitucionais e, até mesmo, os tratados internacionais”<sup>79</sup>. Nesse caso, no momento em que se escolhe priorizar a legislação processual civil (ou à escolha de um princípio, quando o julgador entende ser *ultra petita* a decisão, em detrimento de outro) se está menosprezando o direito do consumidor, e, ainda, uma garantia fundamental.

É evidente a importância das edições de enunciados dos tribunais superiores para a segurança jurídica, justamente em prol da uniformização da jurisprudência. Todavia, a partir de uma análise hermenêutica, a qual prescinde muito esforço (da Súmula em questão), podemos deduzir, também, que nos contratos bancários podem ser inseridas cláusulas abusivas e essas só podem ser revistas se forem alegadas pela parte (no caso o consumidor prejudicado), o juiz não pode fazer nada quanto a isso. Por outras vias, o STJ obriga que o juiz seja complacente com o banco e trate com descaso o cliente.

Nota-se, que alguns doutrinadores<sup>80</sup>, cientes da possível ilegalidade diante de tal enunciado, resolveram traçar uma linha de raciocínio na qual apenas poderíamos falar em legalidade da Súmula 381 desde que respeitássemos o sistema jurídico em seu todo. Assim, não estaria o juiz vedado em anular *ex-officio* uma cláusula abusiva se julgasse dentro dos limites estipulados pelas partes, ou dentro do mínimo que lhe é esperado.

Outrossim, no tocante ao respeito do sistema jurídico no seu todo, vemos que o Código Civil, ao tratar da invalidade do negócio jurídico (no seu capítulo V) prevê no artigo 166, inciso VII, ser nulo o negócio jurídico quando a lei taxativamente assim

---

[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_82/geraldo\\_magela\\_melo.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>78</sup> MARQUES, op. cit., p. 502-503.

<sup>79</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 29.

<sup>80</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão Viana. **É Sempre Vedado ao Julgador Reconhecer, de Ofício, da Abusividade de Cláusulas em Contrato Bancário?** Reflexões sobre a súmula 381 do STJ. Revista Forense, São Paulo, vol. 408, p. 569-577, mar/abr. 2010.

o declarar, ou proibir-lhe a prática. Ainda, no seu artigo 168, que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público e, no parágrafo único, que as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos. Vimos que na legislação consumerista, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito (artigo 51) e, também vimos que aos contratos entre consumidor e instituição financeira há relação de consumo (Súmula 297 do STJ). Portanto, entendemos que o CDC como norma de ordem pública e interesse social, como princípio da ordem econômica, não deva ser preterido em face de interesses de instituições financeiras, ao passo de serem legítimas as intervenções estatais necessárias a assegurar a proteção do consumidor, ainda mais quando para combater cláusulas abusivas nos contratos bancários.

Nota-se que de maneira alguma estamos mencionando que o juiz deva julgar pelo seu bel prazer (dizendo direitos ou deveres que as partes não pedem no processo) e sim assegurar um direito subjetivo, intrínseco do consumidor, mesmo atuando – o juiz – de forma ativa. Nessa linha, o princípio do dirigismo Estatal condiz com o dever do juiz de intervenção básica nas relações jurídicas, de forma a garantir o equilíbrio entre as partes litigantes.

Lembremos que a questão em tela foi enfrentada por ocasião, também, do julgamento do Recurso Especial nº 541.153 em uma ação revisional de contrato bancário<sup>81</sup>, na qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciando o Recurso de Apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença para reconhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas (não anuladas pelo juiz de primeiro grau). Neste ponto, a instituição financeira (ora apelante) sentiu-se prejudicada, pois o Tribunal havia decidido em favor do consumidor, mesmo não tendo esse apelado. A lide, ao chegar à Segunda Seção do STJ, foi definida pela aplicação do artigo 515 do Código de Processo Civil, no sentido de que esta não poderia ser decidida em prol do consumidor, pois ele não havia apelado (Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*). Além do julgamento referido, podemos mencionar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 702.524, tomado como paradigmático, lê-se na ementa:

---

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 541.153**. Recorrente: BCN Lessing Arrendamento Mercantil S/A. Recorrido: Urgaped Clínica de Atendimento Infantil. Relator: Min. Cezar Asfor Rocha. Brasília, 08 jun. 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/Revistaeletronica/ita.asp?registro=200300732208&dt\\_publicacao=14/09/2005](https://ww2.stj.jus.br/Revistaeletronica/ita.asp?registro=200300732208&dt_publicacao=14/09/2005)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

Embargos de divergência. Relação de Consumo. Revisão de ofício do contrato, para anular as cláusulas abusivas. Impossibilidade. Orientação da 2ª Seção.

Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no artigo 51, IV do CDC.<sup>82</sup>

Como exemplo, tomemos, também, o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.006.105/RS:

[...] Nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação. Impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo para tanto, necessário, o pedido expresso da parte interessada.<sup>83</sup>

A partir dessas decisões adotadas, dentre outras, inicia-se uma marcha de não mais conhecer de ofício a nulidade das cláusulas abusivas previstas no artigo 51 do CDC, em que pese podermos identificar uma legítima incoerência deste Tribunal, pois os Direitos do Consumidor já eram notadamente aceitos pelo próprio órgão, também porque já era praxe o acolhimento da nulidade de ofício de cláusulas de eleição de foro.

Acreditamos estar também diante de um conflito entre a formalidade do cumprimento estrito das regras processuais civis e do alcance do direito material. A preferência externada pelos Ministros foi pelas regras processuais dispostas no art. 515 e no art. 267, §3º, ambos do CPC, mas acompanhamos a opinião de que:

Vedar o conhecimento de ofício, pelas mesmas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no **Recurso Especial 702.524**. Agravante: Banco Santander Meridional S/A. Agravado: José Heraldo Hass. Brasília, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19326900/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-702524-rs-2004-0162423-5/inteiro-teor-19326901>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no **Recurso Especial 1.006.105**. Agravante: Banco Finasa S/A. Agravado: Toni Roger de Oliveira. Brasília, 12 ago. 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=805054&sReg=200702696341&sData=20080929&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=805054&sReg=200702696341&sData=20080929&formato=PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2014.

privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo, em detrimento do direito material<sup>84</sup>

Outrossim, é possível observar que a posição adotada por grande parte da doutrina sobre o tema, é em prol do consumidor.

Os institutos clássicos do Código de Processo não são hábeis para dar efetividade aos “novos” direitos contemplados nas ações constitucionais, porquanto foram concebidos para tratar de interesses meramente individuais, típicos do Estado moderno, propõem-se que as ações constitucionais pertençam ao âmbito da teoria política e não do processo civil.<sup>85</sup>

Por obvio, os julgadores que serviram de precedentes para o lançamento da Súmula em análise deixaram de observar a correta hermenêutica. Nos julgados acima apresentados percebe-se que o STJ, na confrontação entre dois princípios, optou por outro que não o de preferência ou maior hierarquia.

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se obrigatoriamente a uma teoria dos direitos fundamentais e esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição<sup>86</sup>. Tal escolha pressupõe conhecer o sentido e o alcance da norma jurídica adequada, que se apresenta em uma ou várias preposições linguísticas, cujo texto pode comportar vários significados<sup>87</sup>. “Os princípios que fundamentam a ordem jurídica e informam os sistemas jurídicos, conferindo-lhes a ordem, unidade e coerência, não podem ser olvidados pelo interprete”<sup>88</sup>, justamente sob o risco de se estar negando o próprio sistema.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da

<sup>84</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. **III Ciclo de Palestras Sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado**. 2005. Palestra Realizada no Auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça no Rio de Janeiro em 02 dez. 2005.

<sup>85</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça**. 2ª ed. Florianópolis. Editora OAB/SC. 2006, p. 21.

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2004, p. 483.

<sup>87</sup> Ibid, p. 85.

<sup>88</sup> CALGARO, op. cit., p. 499.

pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio de injustiças.<sup>89</sup>

Portanto, o julgador deve saber aplicar a lei mediante uma correta interpretação do Código de Defesa do Consumidor em consonância com os princípios Constitucionais. No melhor entendimento, observa-se que a nulidade, de ofício, da cláusula abusiva, não encontra oposição com os princípios da congruência ou imparcialidade do juiz, pois mesmo assim o fazendo, pode o magistrado oportunizar ao banco o contraditório, de forma a assegurar o devido processo legal e a neutralidade que lhe cabe, logicamente, sem deixar de aplicar o CDC.

Como já vimos no capítulo condizente ao significado das normas do CDC serem de interesse público e seus preceitos de ordem pública, não podemos nos esquecer de que o direito protegido tem importância à sociedade como um todo e não apenas às partes que compõem essa ou aquela lide. Assim, no momento em que as normas do CDC são interpretadas de forma errônea, os efeitos produzidos não se limitam a uma causa específica, acaba gerando um efeito popularmente chamado de “cascata” (o mesmo fundamento é aplicado em outros julgados), ainda mais quando o órgão prolator é o STJ.

Interpretações jurisprudenciais equivocadas, ou que não expressam adequadamente os valores e princípios contidos no CDC, terminam por ser empecilhos à efetiva proteção jurídica do consumidor. Não apenas empecilhos, mas possuem ainda um efeito nefasto de pacificar sem justiça: dão ao consumidor a aparência de que o Estado reconhece seus direitos de proteção, porém o convencem de que o Judiciário não pode conceder seu direito em virtude de complexas técnicas e questões de Direito, que ao cidadão comum não é dado compreender.<sup>90</sup>

Por todo o exposto, compreendemos ser claro o entendimento de que a referida Súmula de número 381 do Supremo Tribunal de Justiça é inconstitucional, justamente por o referido órgão adotar uma postura típica do Estado Liberal (já visto

---

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2011, p. 104.

<sup>90</sup> EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara e BLAUTH, Flávia Noemberg. **A Proteção Jurídica do Consumidor Enquanto Direito Fundamental e Sua Efetividade Diante de Empecilhos Jurisprudenciais**: o enunciado 381 do STJ. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS – Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, n. 17, p. 221, out./dez. 2011.

nas primeiras linhas desse trabalho) privilegiando o forte sem se preocupar com o seu parceiro contratual.

Sendo assim, entendemos que a medida racional é a do cancelamento da referida Súmula, justamente para que não se quebre a coerência do sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor bancário. Caso contrário, assim como o presente instituto ainda vigora sob plena eficácia, maculando a proteção do consumidor, outros institutos de mesma natureza poderão surgir, tal costume poderá se propagar por todo o Direito, não apenas influenciando sob as regras consumeristas, o que seria um momento triste para aqueles que ainda vêm esperança no Direito brasileiro.

No momento atual vemos que a posição de alguns Ministros, quanto ao tema, infelizmente, ainda não se modificou, como podemos observar no Recurso Especial 1457191, julgado em junho desse ano.

Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão que, em ação revisional, limitou em 12% ao ano a incidência dos juros remuneratórios previsto em contrato de financiamento; permitiu a capitalização anual de juros; excluiu a cláusula instituidora da comissão de permanência; e de ofício, declarou nula a cobrança da taxa de abertura de crédito e a cobrança financiada do IOF e permitiu a compensação/repetição do indébito [...] No mérito, é necessário consignar que, em se tratando de contratos bancários, não é possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas, nos termos do enunciado 381 da Súmula do STJ.<sup>91</sup>

No mesmo sentido, podemos observar julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (como o abaixo), reconhecendo a aplicação do Direito do Consumidor aos contratos bancários, mas negando a declaração de ofício das cláusulas abusivas.

Ação revisional. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária. Possibilidade do julgamento monocrático. O relator tem a prerrogativa de julgar monocraticamente o recurso, na forma do art. 557, caput, do CPC, quando o entendimento sobre a questão discutida estiver pacificado no órgão fracionário do tribunal. Código de Defesa do Consumidor. As relações bancárias, financeiras e de crédito submetem-se às normas do Código de Defesa do

---

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.457.191**. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A. Recorrido: Leuro Lucas da Rosa. Brasília. 09. Jun. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=35932283&formato=PDF>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Consumidor (art. 3º, § 2º). Súmula 297, do stj. Revisão de ofício. Nos contratos bancários descabe a revisão de cláusulas abusivas de ofício. Súmula 381, do STJ.<sup>92</sup>

Mesmo assim, não sejamos pessimistas, acreditemos que num futuro não muito distante essa discussão possa apenas trazer lembranças de como era o entendimento errôneo e o quanto o consumidor era prejudicado nessas determinadas demandas. Esperamos sempre que a mudança na legislação seja no sentido de positivar mais direitos para os cidadãos, assegurá-los no sentido formal e material, inclusive quando falamos de Direitos Fundamentais. Sejam otimistas e lembremos que no Brasil existem (e existirão) inúmeros juristas que lutarão até o último minuto para que a cada ano que passe consigamos nos aproximar cada vez mais da Justiça.

---

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058107467**. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Apelante: Alessandro Haupczinski. Apelado: Banco Bradesco Financiamento S/A. Porto Alegre. 17 jun. 2014. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70058107467&num\\_processo=70058107467&codEmenta=5822580&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058107467&num_processo=70058107467&codEmenta=5822580&temIntTeor=true)>. Acesso em: 19. Jun. 2014.

## 6 CONCLUSÃO

No presente trabalho, podemos observar como se desenrolou a teoria clássica dos contratos, a imensa importância que era dada à autonomia da vontade à época e como o negócio contratual era firmado. Vimos que a partir de determinado momento na história, a igualdade denominada formal, alcançada depois de muito esforço, não mais satisfazia os interesses da população em seu todo. Entendeu-se correto a criação de mecanismos de intervenção estatal, também na vida privada das pessoas (quanto aos seus contratos), bem como, quanto uma forma de moderação na economia.

Identificamos de que forma a autonomia da vontade se modificou, a mudança dos ideais de liberdade plena para certas restrições em prol do interesse geral da comunidade e da satisfação das necessidades dos contratantes, no sentido de controlar o excesso de direitos de uma parte em detrimento de outra. Nesse capítulo, vimos o vertiginoso aumento do consumo e a necessidade de um diploma legal que protegesse o consumidor.

Posteriormente, podemos acompanhar o surgimento do Direito do Consumidor, os conceitos de consumidor previstos no código e a sua identificação nos contratos bancários. Nesse ponto, foi imprescindível a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2591, qual representou a briga dos juristas representantes da defesa do consumidor contra as instituições financeiras (inconformadas com a possível mudança na legislação que lhe trouxesse mais obrigações), o que conseqüentemente gerou a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, determinando, assim, a aplicação do CDC aos contratos bancários.

Adiante, vislumbramos como se deu a identificação das cláusulas abusivas. A massificação dos contratos de consumo e o propósito dos contratos uniformes, como agilizadores desse processo, mas que por vezes violadores de direitos. A importância do princípio da boa-fé entre os contratantes e o sistema de proteção adotado pelo atual Código Civil de 2002 e o Código do Consumidor, determinando a nulidade das cláusulas abusivas, quando presentes.

Em capítulo específico vimos a essencialidade, a importância, do CDC, por esse ser de ordem pública e interesse social, na proteção do consumidor não só como indivíduo singular, mas como guardião de toda a coletividade.

Por fim, tratamos pontualmente sobre as polêmicas geradas pela edição da Súmula 381 do STJ, os Direitos Fundamentais postos em cheque com a sua permanência e a impossibilidade do Estado em omitir-se quanto a sua prestação. Conforme todo o exposto no presente trabalho, concluímos que a posição do Superior Tribunal de Justiça é equivocada, devendo a referida Súmula ser de imediato cancelada, justamente por violar o sistema de proteção e defesa do consumidor e a própria Constituição Federal de 1988. Conforme vimos, inclusive o princípio da violação do retrocesso foi infringido, ao passo que há a supressão de um direito fundamental. Assim, uma decisão mais racional seria a do cancelamento da Súmula 381 do STJ, permitindo que as cláusulas abusivas sejam conhecidas de ofício pelo juiz, também nos contratos bancários. Que se dê mais valia ao direito material a que as regras meramente processuais e dessa forma estaremos contribuindo não só pela correta aplicação da lei, mas para uma evolução de se pensar o Direito.

## REFERÊNCIAS

### Artigos e Livros

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Editora Malheiros, 2006.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **III Ciclo de Palestras Sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado**. 2005. Palestra Realizada no Auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça no Rio de Janeiro em 02 dez, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos**. 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça**. 2ª ed. Florianópolis. Editora OAB/SC, 2006.

BRASIL. Indicadores Públicos: **Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={80F6148E-C535-4E4D-B18E-D29159059050}&Browser Type=IE &Lang ID=pt-br&params=itemID%3D%7B99BAE37D-6794-4943-A02 D-B2B48B 55A970%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB 26%7D>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

CALGARO, Gerson Amauri. **A Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito Privado, São Paulo, vol. 47, p. 478, jul./set. 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Docstoc, Coimbra. 2003, p. 18. Disponível em: <<http://www.docstoc.com/docs/120317705/Claus-Wilhelm-Canaris---Pensamento-Sistem%C3%A1tico-e-Conceito-de-Sistema-na-Ci%C3%Aancia-do-Direito>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

CARVALHO NETO, Wolney Maciel de. **O Código de Defesa dos Consumidores como norma principiológica e a inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29452&seo=1>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. 1ª ed. Curitiba. Editora Juruá, 2010.

DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4832>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara e BLAUTH, Flávia Noemberg. **A Proteção Jurídica do Consumidor Enquanto Direito Fundamental e Sua Efetividade Diante de Empecilhos Jurisprudenciais: o enunciado 381 do STJ**. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS – Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, n. 17, p. 221, out./dez. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 1998.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo. Editora Atlas, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão Viana. **É Sempre Vedado ao Julgador Reconhecer, de Ofício, da Abusividade de Cláusulas em Contrato Bancário?**

Reflexões sobre a súmula 381 do STJ. Revista Forense, São Paulo, vol. 408, p. 569-577, mar/abr. 2010.

GALDINO, Valéria Silva. **Cláusulas Abusivas**. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. **O Contrato e Sua Função Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1996.

JÚNIOR, Nelson Nery; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 1999.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **A Boa-fé na Relação de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, p.22, abr./jun. 1995.

KOENDGEN, KRAMER/MUENCHENER apud Marques, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora RT. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo. Editora RT, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**. 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELO, Geraldo Magela. **A Vedação ao Retrocesso e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-66, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_82/geraldo\\_magela\\_melo.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Editora Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor O Princípio da Vulnerabilidade**. 3ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2009.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**. 1ª ed. São Paulo. Editora LTR, 2002.

NETO, Orlando Celso da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo. Editora Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Alexsandro Gomes de. **O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos Bancários**. Tocantins, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/020209030547.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1997.

PETRY, Alexandre Torres. **A Súmula 381 do STJ Como Afronta ao Sistema dos Direitos Fundamentais**. Direito & Justiça: revista de direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 117, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12537>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

PRATES, Marcelo Madureira; Coordenação: Arnaldo Wald. **Código de Defesa do Consumidor e Consumidores Bancários: ainda as repercussões da ADin 2.591/DF. A perspectiva publicística**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, nº 40, p. 31, abr./jun. 2008.

**Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento de 1998**, denominado Consumo para o Desenvolvimento Humano. Lisboa. Tri- vona. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas1998.aspx?indice=1&li=li\\_Atlas1998](http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas1998.aspx?indice=1&li=li_Atlas1998)>. Acesso em: 14 mai. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 9ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1980.

SAMPAIO, Aurisvaldo; et al. **Estudos de Direito do Consumidor**: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da Lei de Ação Civil Pública). 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2003.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Cláusulas abusivas. natureza do vício e decretação de ofício**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.23-4, p.124, jul./dez.1997.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1999.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. 1ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2009.

TRAJANO, Fábio de Souza. **A Inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 73, p. 13, jan./mar. 2010.

WALD. Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 10ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

## Diplomas Legais e Decisões Judiciais

BRASIL, Brasília. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 2591**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. 07 jun. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Adi2591\\_consumidor.htm](http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/Adi2591_consumidor.htm)>. Acesso em: 02 de jun. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCI\\_VIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.html](http://www.planalto.gov.br/CCI_VIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.html)>. Acesso em: 29. Mai. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. acesso em: 27 de março de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no **Recurso Especial 702.524**. Agravante: Banco Santander Meridional S/A. Agravado: José Heraldo Hass. Brasília, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19326900/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-702524-rs-2004-0162423-5/inteiro-teor-19326901>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 369.069**. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Carlos Alberto Pereira de Oliveira. Relator: Min Castro Filho. Brasília, 25 nov. 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revisataeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=780806&sReg=200101323112&sData=20031215&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revisataeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=780806&sReg=200101323112&sData=20031215&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 18 jun.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 541.153**. Recorrente: BCN Lessing Arrendamento Mercantil S/A. Recorrido: Urgaped Clínica de Atendimento Infantil. Relator: Min. Cezar Asfor Rocha. Brasília, 08 jun. 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/Revistaeletronica/ita.asp?registro=200300732208&dt\\_publicacao=14/09/2005](https://ww2.stj.jus.br/Revistaeletronica/ita.asp?registro=200300732208&dt_publicacao=14/09/2005)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.457.191**. Relatora: Min. Maria Isabel Galloti. Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A. Recorrido: Leuro Lucas da Rosa. Brasília. 09. Jun. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/webscstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=35932283&formato=PDF>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 700581074 67**. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Apelante: Alessandro Haupczinski. Apelado: Banco Bradesco Financiamento S/A. Porto Alegre. 17 jun. 2014. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_co](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_co)>

marca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\_fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=70058107467&num\_processo=70058107467&codEmenta=5822580&temIntTeor=true>. Acesso em: 19. Jun. 2014.

Vide BRASIL. **Diretiva 93/13/CEE** de 5 de abril de 1993. sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados com consumidores, Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 100 A. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>>. Acesso em: 02 de jun. 2014.

Vide BRASIL. **Lei nº 88/V/98**, de 31 de dezembro. Disponível em: <[http://adeco.cv.free.fr/lei\\_vistaEros.pdf](http://adeco.cv.free.fr/lei_vistaEros.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2014.