

ISSN 1807-9970

Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

Ano VI

Número 36

Editores

Fábio Paixão
Rogério Rodrigues
Veruscka Diab
Walter Diab

Diretores

Ana Maria Paixão
Fábio Paixão
Luiz Antonio Paixão
Rogério Rodrigues
Tuchaua Rodrigues

Conselho Editorial

Antônio Pereira Gaió Júnior – Armando Luiz Rovai – Aurélio Wander Bastos
Celso Marcelo de Oliveira – Edson Alvisi – Fábio Ulhoa Coelho
Gladston Mamede – Gustavo Marrone – Humberto Theodoro Júnior
Ives Gandra da Silva Martins – José Eduardo C. de Albuquerque – Kiyoshi Harada
Magno Federici Gomes – Nehemias Domingos de Melo – Newton De Lucca
Osmar Brina – Plínio Lacerda Martins – Rachel Sztajn – Rénan Kfuri Lopes
Sebastião Roque – Sérgio Iudícibus – Theophilo de Azeredo Santos

Colaboradores deste Volume

Alex Perozzo Boeira – Antonio Pessoa Cardoso – Demócrito Reinaldo Filho
Ênio Santarelli Zuliani – Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Jonabio Barbosa dos Santos – Kiyoshi Harada – Rafaella de Melo Soares

Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

Publicação bimestral da Editora Magister Ltda. à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser enviados através do site da Editora Magister, <http://www.editoramagister.com>, no link “Doutrina”. Não devolvemos originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor

v. 1 (fev./mar. 2005)-.- Porto Alegre: Magister, 2005-

Bimestral

v. 36 (dez./jan. 2011)

ISSN 1807-9970

1. Direito Comercial – Periódico 2. Direito Concorrencial – Periódico

3. Direito do Consumidor – Periódico

CDU 347.7(05)

CDU 346.1(05)

CDU 347.451.031(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister Ltda.

Diretor Presidente: Carlos Serra

Diretor Executivo: Fábio Paixão

Diretor Administrativo: Nelson Colete

Diretores Jurídicos: Daniel Polydoro

Rogério Rodrigues

Diretora de Produção: Ana Maria C. Paixão

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar Porto Alegre – RS – 91.340-340

www.editoramagister.com magister@editoramagister.com

Serviço de Atendimento – (51) 3027.1100

Sumário

Doutrina

1. Sigilo Bancário – Reflexos da Decisão do STF que Declarou a Inconstitucionalidade da Quebra do Sigilo sem Ordem Judicial
Kiyoshi Harada 5
2. Regime Jurídico de Proteção à Propriedade Industrial no Brasil
Jonabio Barbosa dos Santos e Rafaella de Melo Soares 9
3. Exceção de Pré-Executividade – Sua Extinção após a Lei nº 11.382/06
Demócrito Reinaldo Filho 28
4. Contratos Consumeristas – As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral 41
5. O Consumidor e as Montadoras
Antonio Pessoa Cardoso 62
6. A Desconsideração da Personalidade Jurídica – Noções Gerais e Questões Controvertidas à Luz da Doutrina e da Jurisprudência
Alex Perozzo Boeira 66

Em Evidência

1. Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva
Ênio Santarelli Zuliani 81

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Créditos Escriturais. Correção Monetária. Definição do Índice, Período, Montante. Resistência Ilegítima do Estado em Reconhecer Créditos. Correção Monetária Devida
Rel. Min. Ricardo Lewandowski 102
2. Superior Tribunal de Justiça – Duplicata sem Aceite e Comprovante de Entrega de Mercadorias. Endosso Translativo. Execução Movida Contra a Sacadora e o Avalista. Possibilidade
Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior 106
3. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Contribuição Previdenciária. Retenção de 11% sobre Nota Fiscal ou Fatura de Prestação de Serviços. Construção Civil. Não Incidência
Relª Desª Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère 110

4. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Ação Monitória. Portador de Cheque Prescrito. Ilegitimidade Ativa <i>Ad Causam</i> <i>Rel. Des. Batista de Abreu</i>	119
5. Tribunal de Justiça de São Paulo – Plano de Saúde. Paciente Acometido por Câncer de Pulmão. Cirurgia Realizada na Tentativa de Preservar a Vida do Paciente. Cobertura Total <i>Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani</i>	124
6. Divergência Jurisprudencial	129
7. Ementário	130
Sinopse Legislativa	160
Destaques dos Volumes Anteriores	162
Índice Alfabético-Remissivo	163

Contratos Consumeristas – As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ

HILDELIZA LACERDA TINOCO BOECHAT CABRAL

Advogada; Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Plata, Argentina; Especialista em Direito Privado; Especialista em Direito Público; Professora.

RESUMO: A tutela do Consumidor permite às partes a eleição de cláusulas contratuais à luz do princípio da autonomia da vontade, devendo conter a expressão da fidelidade, da segurança, o cuidado, inerentes ao conceito de boa-fé objetiva, contrariando toda a principiologia da Teoria Contratual. Porém, esta liberdade há que observar alguns aspectos éticos como a não inclusão de cláusulas abusivas, que são aquelas que limitam ou restringem o direito do consumidor, causando-lhe um prejuízo ou gerando-lhe uma onerosidade, ferindo um direito constitucionalmente garantido, que, portanto, possui caráter de direito fundamental e, como tal, direitos humanos. Devido à prejudicialidade de tais cláusulas, a lei autoriza o reconhecimento de ofício pelo julgador, que declara a nulidade, preservando as demais cláusulas contratuais. As cláusulas abusivas são encontradas mais frequentemente nos contratos por adesão. O presente estudo pretende destacar o conteúdo da Súmula nº 381 do STJ, que instituiu um franco desequilíbrio à igualdade contratual, dispondo que nos contratos bancários as cláusulas abusivas não podem ser declaradas como tais, de ofício, pelo juiz. Os contratos de natureza bancária, então, passam a encerrar uma supremacia capaz de ferir os direitos do consumidor, rompendo-se com o equilíbrio pretendido pelo legislador que buscou um direito justo, igual e social, através de uma norma que não somente tem índole constitucional, sendo também de ordem pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental. Cláusula Abusiva. Contratos Bancários. Nulidade. Declaração de Ofício.

1 Introdução

O mundo moderno tem presenciado um movimento de crescente valorização da pessoa humana e dos direitos a ela inerentes, desenvolvendo programas que requerem como resposta posturas de solidariedade e respeito aos semelhantes. Tal preceito se encontra contextualizado no ideal insculpido na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que têm por objetivo maior promover o bem-estar das pessoas inseridas em uma determinada

sociedade, visando o cumprimento, pelo homem, do princípio da solidariedade social em relação a seus iguais, que nada mais é que o atendimento à dignidade humana e aos direitos existenciais, entendidos como aqueles decorrentes da especial qualidade de pessoa.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi incluído na maioria das constituições democráticas do mundo pós-moderno, notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fato que dá ensejo a uma especialíssima tutela à personalidade e aos direitos a ela inerentes. A categoria desses direitos tem merecido especial relevo, sobretudo, com o crescente movimento de constitucionalização do Direito Civil, consistente em uma releitura dos clássicos institutos de Direito Civil à luz dos princípios norteadores da vigente CF, isto é, uma nova interpretação do direito, segundo a perspectiva constitucional, privilegiando a dignidade humana, a solidariedade, a boa-fé e a função social dos contratos.

Surge uma nova e ampla gama de direitos para os quais antes não se admitia ou mesmo se perseguia reparação. Cumpre destacar que nessa perspectiva se busca imprimir efetividade a esses interesses, uma vez que a tutela desses direitos reclama instrumentos capazes de criar mecanismos que possam garanti-la e efetivá-la. Seguindo essa esteira, tem-se o homem como ponto central do ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que qualquer dano a um dos direitos da personalidade passa a ferir o ordenamento como um todo, já que o homem e sua dignidade estão no vértice do direito nos estados de Direito.

Importante assinalar que na ordem jurídica contemporânea não se pode esquecer que a globalização dos direitos humanos é uma realidade, sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a instituição de Tribunais Internacionais que impõe a força de uma ampla e imperativa jurisdição aos países signatários e, ainda, no caso do Brasil, a perspectiva humanizada inaugurada pela vigente constituição.

Nesse contexto, cabe analisar o CDC em suas características marcantes, sendo uma lei de ordem pública e de índole constitucional, que visa proteger toda pessoa que realiza um contrato de consumo com o fornecedor de um produto ou o prestador de um serviço, assegurando-lhe os direitos relativos à sua dignidade. Trata-se de um microssistema jurídico que visa a efetivar a tutela dos desiguais.

A proteção ao consumidor como norma de ordem pública recebe uma espécie de blindagem, sendo imperativa, cogente, inderrogável pela vontade das partes, que incidirá sobre qualquer relação de consumo mesmo que as partes afastem tal cláusula contratual, que permite ao julgador reconhecer de ofício uma ou mais cláusulas abusivas, entre outras vantagens que visam,

em última análise, restabelecer o equilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor.

A despeito de toda essa tutela legal e constitucional, o STJ, o segundo maior tribunal da hierarquia nacional, contrariando as disposições da lei específica de tutela ao consumidor e sua própria filosofia, edita a Súmula de nº 381, cujo teor do enunciado estabelece que nos contratos bancários o julgador não pode reconhecer de ofício da abusividade das cláusulas.

São essas questões as quais se pretende analisar no presente artigo.

2 Direito do Consumidor

Os doutrinadores costumam classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, conforme suas próprias justificativas para tal. Inserem os direitos do consumidor na categoria da terceira geração, que compreendem o direito à fraternidade, à solidariedade, meio ambiente equilibrado e direitos coletivos dos consumidores (GARCIA, 2010, p. 6). São direitos de solidariedade para com um grupo, povo, nação, etnia ou comunidade, entre grupos sociais, indivíduos, estados, apoiando-se em novos valores e expectativas relacionadas com a urgente busca de soluções ou respostas a necessidades resultantes da civilização (MORCECIAN, 2010).

Faz-se necessário reafirmar que a proteção ao consumidor, além de ter natureza e inspiração constitucional, é de ordem pública, o que exige da sociedade, dos juízes, das autoridades, dos operadores do direito e do povo em geral o respeito à sua aplicação, que se impõe a toda relação de caráter consumerista, independente da vontade das partes. Significa dizer que, ainda que as partes disponham cláusula vedando a aplicação do CDC àquele contrato, em sendo deflagrada uma relação de consumo, ainda assim, a lei irá incidir sobre este por ser uma lei de ordem pública, cogente e inafastável por determinação das partes contratantes (GARCIA, 2010, p. 309). Uma norma imperativa que independe de anuência das partes.

2.1 A Dignidade Humana como Princípio Norteador do Ordenamento Jurídico

O princípio da dignidade da pessoa humana é hoje a maior referência do respeito à vida, à saúde, ao bem-estar e aos demais direitos da personalidade humana. Nele estão contidas as mais altas tutelas em relação à existência humana.

O movimento de valorização da pessoa humana e sua dignidade encontram registros desde a era em que Cristo pregava a solidariedade, a amizade,

a hospitalidade, a proteção do estrangeiro, dos órfãos e das viúvas, que eram os desiguais daquele momento histórico. Já eram os rudimentos da tutela dos vulneráveis, dos hipossuficientes daquela época, as primeiras condutas que visavam volver os olhos dos bens patrimoniais para os direitos de natureza pessoal.

Nesse contexto, se insere o direito do consumidor como direito fundamental, que visa a proteger a pessoa em uma relação desigual, que é, por disposição legal (art. 4º da Lei nº 8.078/90), marcada pela existência de uma parte vulnerável. A lei atua em defesa do consumidor, principalmente visando coibir práticas e cláusulas abusivas.

Assinala Barcelos (2008, p. 126-128) que o movimento de repersonalização que significou a humanização das relações humanas e do próprio direito, deixando de observar o vínculo material em detrimento do pessoal e fazendo fixar os olhos sobre os direitos da pessoa enquanto ser humano, dando a este preferência em relação aos meramente patrimoniais, colocando o homem como vértice do ordenamento jurídico, foi promovido, sobretudo, por influência de quatro fases históricas. Teve início na Era Cristã (primeira fase), a partir das lições de Jesus sobre a solidariedade, a piedade, ensinando a amar ao próximo como a si mesmo, o que se coaduna com o conceito de igualdade essencial, segundo o qual não se pode fazer acepção de pessoas. Mais tarde, o movimento Iluminista-Humanista marca nova fase da valorização da pessoa (segunda fase). A seguir, o pensamento de Kant e suas obras (terceira fase) trazem novas influências no mesmo sentido. Por fim, o momento histórico pós-guerra, a última fase, marcada por muitas manifestações de desrespeito à pessoa, materializadas nas atrocidades cometidas contra a pessoa e seus direitos fundamentais, sobretudo, durante a segunda grande guerra mundial, especialmente no que respeita a dominação dos alemães sobre os judeus.

Em reação a todos os abusos, surge uma resposta que inaugura uma fase de reflexão sobre os direitos humanos e se inicia uma nova era, cujo marco é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que começa a influenciar a grande maioria das constituições pós-modernas, que passam a introduzir em seus textos o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio este que passou a influenciar todas as condutas nos Estados Democráticos de Direito, em cujas disposições se inclui a proteção à dignidade como fio condutor da sociedade e axioma a influenciar e permear todas as relações interpessoais e jurídicas.

Ao se partir da premissa que todo o ordenamento jurídico existe para proteger o homem e sua dignidade, está-se admitindo que o ser humano encontra-se no centro da ordem jurídica e que todo o direito passa a protegê-lo

em todas as suas diferentes manifestações e relações, inclusive nas de consumo, sendo o consumidor a parte frágil do contrato consumerista.

A partir do século XIX, o Estado passa a intervir na economia, razão pela qual os interesses econômicos e sociais começam a encontrar respaldo constitucional, sem todavia se negar a importância aos direitos de caráter individual (DENSA, 2007, p. 2). Tem início o movimento chamado Dirigismo Contratual Público, que é a intervenção estatal nos contratos, visando garantir a justiça contratual e a função social do contrato, já que tal liberdade obstava a aplicação do princípio da igualdade entre os contratantes. Assim, se “entre o fraco e o forte é a lei que liberta”, entendeu o Estado a necessidade de intervir nas relações contratuais privadas para tentar equilibrar as partes e estabelecer a efetiva igualdade entre elas (NOVAIS, 2001, p. 91). Isto porque “a ordem econômica e social é a própria e máxima fundamentação do dirigismo contratual” (LÔBO, 2001, p. 90).

A Lei nº 8.078/90, que ficou conhecida como CDC, cumpre o papel de efetivar o dirigismo contratual, regular a relação de consumo através da tutela da parte contratual frágil.

A força dos direitos da personalidade ganhou *status* de garantia fundamental, o que leva a pessoa a conquistar espaços de novas liberdades ou antigas liberdades rejuvenescidas, antigas pela ampliação e abertura em diversas direções. Novos direitos e novas garantias, cujo exercício, segundo Morello y Morello (2002, p. 66),

“resguarda sensíveis âmbitos da intimidade, da informação, da honra e da privacidade. Direitos agora cercados por progressos técnicos, a invasão mediática e os abusivos bancos de dados que despem e exibem o que é próprio e quisera ‘estar a sós’, na esfera reservada de cada um de nós.”

Assim, o direito do Consumidor, na era pós-moderna, se converte em valor de extrema importância. Cavaliere ensina que “na constelação dos novos direitos, este é estrela de primeira grandeza, quer por sua finalidade, quer pela amplitude de seu campo de incidência” (CAVALIERI, 2008, p. 2).

O art. 2º da Lei nº 8.078/90, o CDC, determina o conceito de consumidor como “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Consumidor, portanto, é a parte frágil, a vulnerável do contrato de consumo, aquela que apresenta uma fragilidade, porque a outra parte é muito mais poderosa.

Marques (apud GARCIA, 2010, p. 20-21) aponta quatro tipos de vulnerabilidade: Técnica (o consumidor não tem conhecimentos específicos acerca

do produto ou serviço, podendo ser mais facilmente iludido pelo fornecedor); Jurídica (deficiência de conhecimentos jurídicos ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e econômica); Fática (é a real vulnerabilidade frente à outra parte contratual em consequência da superioridade contratual do fornecedor: em razão do grande poderio econômico ou da posição de monopólio ou da essencialidade do serviço que presta); Informacional (reconhecida como subespécie da vulnerabilidade técnica, a autora destaca que na atual sociedade, já que apresenta uma deficiência de informação em uma era em que as informações estão cada vez mais valorizadas e importantes, os produtos não podem prescindir da informação necessária à sua utilização. O descumprimento do dever de informação fere o princípio da transparência, que, por via de consequência direta, fere a boa-fé objetiva).

A vulnerabilidade do sujeito que celebra um contrato de consumo com um fornecedor é a razão da existência do direito do consumidor, a fim de se equilibrar a relação jurídica entre eles estabelecida.

2.2 Aspectos Históricos da Proteção do Consumidor nos Estados Democráticos de Direito

Com o advento da Revolução Industrial e a produção em massa, surgiram novas relações jurídicas, novas formas de contratação, como, por exemplo, os contratos por adesão. Em consequência, a produção em série e a contratação massificada tornaram o direito do consumidor cada vez mais prejudicado e ameaçado. Através dos contratos por adesão, surgem as cláusulas abusivas, que constituem o objeto deste artigo.

Os primeiros movimentos pró-consumidores se deram ao final do século XIX, nos países de franco desenvolvimento econômico, como França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América. Cavalieri (2008, p. 5) comenta que surgiu em Nova Iorque a *New Consumers League*, uma associação de consumidores que tinha por objetivo a luta por melhoria de condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho da mulher na indústria e no comércio. Eram feitas “Listas Brancas”, que continham o nome dos produtos os quais deveriam ser preferencialmente escolhidos pelo consumidor, já que as empresas que os fabricavam e comercializavam respeitavam os direitos do trabalhador e as condições de higiene condignas. Era uma forma de influenciar a conduta das empresas pelo poder de compra dos consumidores.

Interessante comentar que tal movimento para a criação das “Listas Brancas” surgiu da sociedade, que começou a tomar conhecimento de sua força. A relevância foi grande no movimento de defesa do consumidor, a partir de um pronunciamento do Presidente John Kennedy, no Congresso

Norte-Americano, em 15 de março de 1962, que presidia a maior potência do mundo capitalista do pós-guerra. O Presidente deixou uma mensagem especial sobre a proteção dos interesses do consumidor, reconhecendo que “consumidores somos todos nós”. Ele partiu do princípio de que os consumidores se constituíam o mais importante grupo econômico e o único não efetivamente organizado. Defendeu os consumidores “que deveriam ser considerados nas decisões econômicas e enumerou sinteticamente os direitos básicos à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a serem ouvidos”, conforme explica Cavalieri Filho (2008, p. 5).

No Brasil, a discussão sobre defesa do consumidor iniciou-se nos anos 70, timidamente, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para este fim. Em 1974 foi criado o CONDECON (Conselho de Defesa do Consumidor), no Rio de Janeiro. Em 1976, a ADOC (Associação de Defesa e Orientação do Consumidor) – Curitiba/PR; ainda em 1976, a APC (Associação de Proteção ao Consumidor) – em Porto Alegre/RS; em maio de 1976, pelo Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, o Conselho de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, que se converteu no PROCON (Proteção ao Consumidor). Mas o consumidor somente se despertou para seus direitos a partir da segunda metade da década de 80, depois da implantação do Plano Cruzado e da complexidade da problemática por ele criada. Em 1988, a CF, finalmente, estabeleceu como dever do Estado promover a defesa do consumidor, art. 5º, XXXII. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 7).

A CF/88, a exemplo de outras do mundo pós-moderno, conforme já comentado, incluiu em seu texto a dignidade da pessoa humana, logo em seu art. 1º, “o que demonstra sua precedência não somente topográfica como interpretativa, passando este a gozar de preferência, sobre qualquer outro princípio” (ROSENVALD, 2007, p. 31-32), de modo que ele deve ser atendido com primazia, sobrepondo-se a todos os outros, o que equivale dizer que, ao se restringir qualquer direito da personalidade humana, fere-se todo o ordenamento jurídico, já que se ofende o maior bem da humanidade, que é o homem, que, segundo os ditames da nova ordem jurídica, se encontra no vértice do sistema jurídico.

A Constitucionalização do Direito Civil teve grande importância para o reconhecimento da dignidade humana como valor. Segundo Farias y Rosenvald (2009, p. 32), trata-se de uma releitura dos clássicos institutos de direito civil à luz dos princípios constitucionais, que provocou uma mudança da filosofia do direito da pós-modernidade: “a constituição promoveu uma reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.” (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 32).

Como já se salientou, a dignidade da pessoa, mais que um princípio, alcança *status* de valor, de axioma, conforme ensina Perlingieri (2007, p. 155-156): “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz uma incessante e mutável exigência de tutela”.

Pode-se dizer que todas as vezes que se viola um direito da personalidade, se fere, por via de consequência direta, o ordenamento como um todo, já que a defesa da personalidade humana adquire *status* de valor fundamental do ordenamento.

Além disso, a boa-fé objetiva e o princípio da transparência, em consequência, formam um axioma do CDC, que deve ser sempre exigido das partes contratantes. Inobstante tais prescrições não só do CDC, mas ainda do CC e da CF, os contratos por adesão, em regra, não prestigiam tais valores.

Nunes (2007, p. 123) ensina que há uma série de princípios que norteiam o Direito do Consumidor, além da dignidade humana, como proteção da vida, da saúde e da segurança e ainda transparência, harmonia, vulnerabilidade, liberdade de escolha, intervenção estatal, boa-fé, igualdade nas contratações, dever de informação, proibição de práticas e cláusulas abusivas, conservação do contrato, modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, direito de revisão, prevenção e reparação de danos materiais e morais, acesso à justiça, adequada e eficaz prestação de serviços públicos, responsabilidade solidária.

Sem dúvida, todos esses princípios são informadores do Direito do Consumidor e das condutas que comuniquem lisura e boa-fé nas contratações em que existe uma parte vulnerável, o consumidor.

2.3 Código de Defesa do Consumidor Brasileiro como Norma de Índole Constitucional e de Ordem Pública

O CDC, de 1990, é dotado de uma avançada técnica legislativa que se constitui um microssistema, uma norma interdisciplinar e aberta à principiologia, segundo a atual perspectiva do ordenamento jurídico. Nesse sentido, visa proteger os consumidores de eventuais abusos que os fornecedores ou prestadores de serviços venham a cometer, desrespeitando-lhes os direitos e causando-lhes prejuízos.

Trata-se de lei de índole constitucional porque possui como fonte a CF, teve sua inspiração através de comando da Lei Maior, pois há artigos que a determinaram expressamente, como o art. 5º, XXXII – “O Estado promoverá, através de uma lei, a defesa do consumidor”; o art. 170 – “A ordem econômica,

fundada na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Defesa do Consumidor”; ainda o art. 48 dos ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará um Código de Defesa do Consumidor”.

Uma lei que recebe um comando constitucional está vinculada à força normativa de uma tendência mundial de influência da constitucionalização do direito civil, elevando-se o direito do consumidor ao *status* de direito fundamental, que vincula o Estado e todos os aplicadores do direito, uma vez que a Constituição, pelo novo enfoque do direito privado, funciona como marco de reconstrução de um direito privado mais social e preocupado com os vulneráveis (GARCIA, 2010, p. 3).

A este ponto se faz necessário distinguir vulnerabilidade e hipossuficiência. Segundo Garcia (2010, p. 74), a vulnerabilidade é regra de direito material, com presunção absoluta (o consumidor é vulnerável, pela dicção do art. 4º, I, do CDC). Já a hipossuficiência é um fenômeno de natureza processual, a ser analisado no caso concreto, em face das peculiaridades das partes envolvidas na relação processual.

Atualmente, os direitos fundamentais são verificados em sua eficácia vertical (relações entre Estado e cidadãos), mas ainda é imperativo que sejam observados nas relações entre pessoas horizontais, cidadãos em relação aos próprios cidadãos, a seus pares (proteção de particulares em relações privadas), o que se denomina eficácia horizontal dos direitos fundamentais (GARCIA, 2010, p. 4), já que o princípio da dignidade humana é incompatível com contratos cujas disposições são desiguais, em que não se observam a boa-fé objetiva, a transparência e o equilíbrio das relações contratuais. Observe-se o seguinte julgado do STF:

“EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre os cidadãos e o Estado, *mas igualmente nas relações estabelecidas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado*. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não somente os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares ante os privados.” (STF, RE 201819/RJ, Rel^a Min^a Ellen Gracie, 11.10.05.)

Como já assinalado, a lei é principiológica, contemplando cláusulas gerais (GARCIA, 2010, p. 5), que consistem em uma técnica legislativa que utiliza conceitos jurídicos a serem preenchidos e integrados pelos magistrados no caso concreto. Assim, cada nova situação de violação, a hipótese pode e

deve ser inserida na cláusula geral de proteção ao consumidor, uma vez que o objetivo da lei é tutelar os consumidores na qualidade de parte frágil da relação de consumo, do contrato que se estabelece entre um consumidor e um fornecedor ou prestador de serviços.

Nesses termos, as cláusulas abusivas desrespeitam o direito do consumidor, seja por lhe causar um desequilíbrio contratual, em desvantagem, seja por fazê-lo suportar uma onerosidade excessiva em razão de um contrato, que, considerando-se a natureza da lei, é nulo de pleno direito, devendo o juiz reconhecer a abusividade de ofício, independentemente de pedido da parte interessada. Isso para deixar bem claro que o direito do consumidor é muito importante e necessita fazer-se cumprir no Estado Democrático de Direito.

Como já comentado, o CDC é uma lei de ordem pública, que será aplicada à relação de consumo, independentemente da vontade das partes, mitigando a autonomia da vontade. Veja-se o seguinte julgado do STJ (GARCIA, 2010, p. 5):

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. DERROGAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL. O caráter de norma pública atribuída ao CDC derroga a liberdade contratual, para ajustá-la aos parâmetros da lei (...).” (REsp 292942/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.05.01)

Tanto é de ordem pública e interesse social a defesa do consumidor que entrou em vigor no dia de sua publicação, 20 de julho de 2010, a Lei nº 12.291, que torna obrigatória a manutenção de exemplar do CDC nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Desde então, o consumidor pode pedir e o fornecedor ou comerciante é obrigado a lhe entregar um CDC para tirar dúvidas ou informar-se melhor sobre seus direitos.

3 As Cláusulas Abusivas e a Defesa do Consumidor

É necessário esclarecer aprioristicamente que todas as cláusulas abusivas apresentam os mesmos contornos e possuem as mesmas características: causam um desequilíbrio entre as partes contratuais e são nulas de pleno direito, devendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

3.1 Noções Conceituais de Cláusulas Abusivas

As cláusulas abusivas devem ser interpretadas segundo o contexto do art. 187 do CC, que configura como abuso de direito o exercício anormal, que afasta a ética e a finalidade social da norma. Assim, quem elabora um contrato

que contenha cláusulas que impõem condições demasiadamente onerosas ou reduzem as possibilidades do consumidor, criando condições desfavoráveis para a parte contratual mais frágil, a vulnerável, que é o consumidor de produtos ou serviços.

As cláusulas abusivas são igualmente aquelas desproporcionais que, segundo Lowenrosen (2010),

“é contrária à exigência da boa-fé, causa em detrimento do consumidor um desequilíbrio relevante e injustificado das obrigações contratuais e pode ter ou não o caráter de condição geral, já que também pode dar-se em contratos particulares quando não exista negociação individual de suas cláusulas, isto é, em contratos por adesão particulares.”

O fornecedor elabora unilateralmente um contrato, impõe condições que podem ser demasiadamente onerosas, causando desequilíbrio contratual, ferindo a boa-fé e a equidade. Ensina Cavalieri Filho (2008) que a cláusula abusiva possui algo além do conceito de abuso de direito, referindo-se a outros limites como bons costumes e fim econômico e social do direito.

Tais cláusulas “põem o usuário ou consumidor em condições de incerteza, indefesa e desvantagem” (tradução nossa) (LOWENROSEN, 2010). São excessivamente prejudiciais ao consumidor, causando-lhe danos de várias naturezas.

3.2 As Cláusulas Abusivas Inseridas nos Contratos por Adesão

Há comentários na doutrina se melhor seria contrato “de adesão” ou “por adesão”. Com todo o respeito aos que preferem a expressão “de adesão”, escolheu-se falar em contrato “por adesão” por entender que, semanticamente, é um contrato que se aperfeiçoa através (por meio) da adesão da outra parte, motivo pelo qual será utilizada a expressão “por adesão” para designá-los.

Comentou-se anteriormente que, a partir da Revolução Industrial, da produção em série e do desenvolvimento econômico, se adotou o contrato por adesão como forma de simplificação da contratação, até mesmo por uma questão de celeridade. Ocorre que tais contratos, que são elaborados por somente uma das partes, o fornecedor, costumam apresentar cláusulas abusivas.

O art. 51 do CDC enumera exemplificativamente algumas cláusulas abusivas: cláusula de não indenizar, renúncia ou disposição de direitos do consumidor, limitação de indenização, não reembolso de quantia paga, transferência de responsabilidade a terceiros, desvantagem exagerada para o

consumidor, cláusula incompatível com a boa-fé e a equidade, cláusulas que estabelecem a inversão do ônus da prova, arbitragem compulsória, entre outras.

Observe-se o julgado em 08.09.09, do STJ, que reconhece as normas do CDC como aplicáveis aos contratos bancários.

“BANCO. CLÁUSULA ABUSIVA. ACP. MP. Trata-se de Recurso Especial em que se discute, entre outras questões, a *validade de cláusulas existentes em contrato de adesão firmado entre o banco, ora recorrente, e seus clientes*, bem como a possibilidade de fiscalização por parte do Ministério Público das operações realizadas pelo referido banco. *Ademais, é cediço que a jurisprudência do STJ já se consolidou no sentido de que são aplicáveis as normas dispostas no CDC às instituições financeiras (REsp 297-STJ)*. Além do mais, *é nula a cláusula na qual o banco exige a assinatura de uma letra cambial em branco pelo cliente quando da abertura de sua conta*, uma vez que configura típica ‘cláusula mandato’. Por fim, ressaltou que, na hipótese em que figure, em um dos polos da relação jurídica, pessoa hipossuficiente, *deve prevalecer a regra mais benigna a ela*, devendo, portanto, ser aplicado o disposto no art. 94 do CPC. Tendo em conta tais argumentos, entre outros, a Turma *não conheceu do recurso*. Precedentes citados: AgRg no REsp 677.851-PR, DJe 11.05.09; AgRg no REsp 808.603-RS, DJ 29.05.06; REsp 292.636-RJ, DJ 16.9.02; CC 32.868-SC, DJ 11.03.02; AgRg no Ag 296.516-SP, DJ 05.02.01, e REsp 190.860-MG, DJ 18.12.00.” (REsp 537.652-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.09.09) (destaques não existentes no original)

O julgado reconhece três aspectos importantes: que é pacífica a aplicação do CDC às instituições bancárias, fato já consolidado pelo STJ (que não foi de fácil consolidação, pois foram necessários muitos recursos para enquadrar-se definitivamente a atividade bancária como prestadora de serviço); que é nula a cláusula em questão, confirmando a nulidade de cláusula em contrato bancário (o que era natural e legal); ademais, que, na interpretação, deve prevalecer a regra mais benéfica ao consumidor, princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, que adota a doutrina do direito do consumidor, exatamente por ser ele a parte mais frágil do contrato, a hipossuficiente, a vulnerável, que é o objeto de proteção do CDC, princípio pelo qual, na dúvida, *pro consumidor*.

Por serem os contratos por adesão elaborados por uma única parte contratual (o fornecedor ou prestador de serviços), este elege as cláusulas em um único bloco, segundo sua vontade e interesse, dispondo condições, preços e taxas de juros que sejam importantes e convenientes para ele próprio, não podendo o consumidor sequer discutir as mesmas, cabendo-lhe somente assinar e cumprir o contrato que fora realizado por uma das partes, o que configura, evidentemente, uma desigualdade contratual muito grande.

A outra parte, a que o art. 4º, I, afirma ser a parte vulnerável, aquela que apresenta uma fragilidade, contraindo obrigações iníquas, não pode discutir as disposições contratuais, cabendo-lhe somente aceitar o que oferece o fornecedor.

3.3 Nulidade das Cláusulas Abusivas

O art. 51, *caput*, do CDC reconhece que são nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas. O art. 51, § 2º, assegura que a invalidade de uma ou mais cláusulas não invalida o contrato, permitindo ao consumidor pleitear em juízo a liberação de uma obrigação onerosa, conservando o restante do contrato.

Observe-se outro julgado recente, declarando nulidade de cláusula abusiva: REsp 877.980-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 03.08.10 (*Fonte: DVD Magister, ementa 11648326, versão 33, Editora Magister, Porto Alegre, RS*):

“PROMESSA. COMPRA E VENDA. CLÁUSULA ABUSIVA. A questão a ser decidida no Recurso Especial está em se saber se, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel celebrado diretamente com a construtora/incorporadora, as cotas pagas devem ser restituídas de imediato, *proclamando-se a nulidade da cláusula que determina a devolução de tais cotas somente ao final da obra. A Turma entendeu que é abusiva, por ofensa ao art. 51, II e IV, do CDC, a cláusula contratual. Nesse caso, o comportamento do fornecedor revela potestatividade, considerado abusivo tanto pelo CDC (art. 51, IX) como pelo CC/2002 (art. 122). Diante disso, se negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 633.793-SC, DJ 27.06.05; REsp 745.079-RJ, DJ 10.12.07, e REsp 110.528-MG, DJ 01.02.99.*” (REsp 877.980-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.08.10) (grifos não existentes no original)

O já comentado art. 51 do CDC, *caput*, determina que “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços.” Estabelece, então, um rol de I a XVI incisos de cláusulas às quais a doutrina e o próprio CDC denominam “abusivas”. Ainda o referido art. 51, § 1º, prevê a nulidade por vantagem presumida de certas situações como: ofensa aos princípios do sistema jurídico; restrição de direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato; mostrar-se excessivamente onerosa para o consumidor. Ainda o § 2º do mesmo artigo, como já comentado, assegura a produção de efeitos quanto às demais cláusulas do contrato, mesmo em face de nulidade de alguma(s) dela(s).

As cláusulas abusivas submetem o consumidor à restrição de possibilidades e condições contratuais, por isso o CDC as considera nulas de pleno direito. Segundo Garcia (2010, p. 309),

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

Há que se destacar a importância do diálogo de fontes que comenta o autor. Trata-se exatamente do atendimento efetivo do princípio da interpretação mais favorável ao consumidor. É como se as fontes conversassem entre si (CC e CDC), para eleger qual delas melhor tutelam aquele consumidor no caso concreto. A que melhor atender ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, a que apresentar interpretação mais favorável ao consumidor, é a que será aplicada.

Em juízo, pode-se pleitear ao magistrado que declare a nulidade de algumas cláusulas, mantendo-se as demais cláusulas, em virtude do princípio da manutenção do contrato. A sentença é desconstitutiva ou constitutiva negativa, produz efeitos retroativos, *ex tunc*, que retroagem ao dia em que fora celebrado o contrato; e é imprescritível, não havendo determinação de prazo para o consumidor exercer seu direito, podendo fazê-lo a qualquer tempo.

4 Cláusulas Abusivas em Contratos Bancários e a Inconstitucionalidade do Enunciado da Súmula nº 381 do STJ

O CDC é uma lei de ordem pública e de índole constitucional, como já comentado, que visa proteger a pessoa que realiza um contrato de consumo com o fornecedor, que vem garantir a tutela dos desiguais, protegendo a parte mais frágil do contrato, aquela que é vulnerável, hipossuficiente, que necessita de atuação dos meios que promovam a igualdade contratual. Este é um ideal aspirado pelo texto constitucional para a norma de proteção ao consumidor. A lei possui ainda uma blindagem por ser uma norma de ordem pública, que permite ao julgador reconhecer sem provocação da parte uma cláusula abusiva, entre outras vantagens que garantem o equilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor.

4.1 Os Contratos Bancários como Contratos por Adesão e as Cláusulas Abusivas Neles Contidas

Sem dúvida alguma, os contratos bancários se inserem na categoria de contratos por adesão, dada sua estrutura, suas características e sua destinação. São elaborados pelo banco, na qualidade de prestador de serviço, com cláusulas inflexíveis, cabendo ao contratante aceitá-las no todo, sem poder contestá-

las. Caso necessite ou queira, o consumidor pode postular em juízo a revisão contratual capaz de socorrê-lo.

Essa espécie contratual foi criada para atender as necessidades da economia de larga escala; como já se mencionou, a história começou com a Revolução Industrial, seguida da massificação dos contratos, fruto da produção em série. São contratos redigidos por uma das partes, o fornecedor, que escreve as cláusulas que vêm predispostas, sendo que não há uma fase pré-negocial, não cabendo ao consumidor o direito de alterá-las, situação essa favorável à inserção de cláusulas abusivas. Porém, não significa que todo contrato por adesão somente possui cláusulas abusivas, mas logicamente é a espécie contratual em que estão presentes de maneira mais frequente.

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

A incongruência está exatamente no fato de não haver limitação para o juiz atuar de ofício nos contratos de instituições de outra natureza, e não poder exercer o mesmo poder geral de cautela nos contratos bancários. Evidentemente, é de se estranhar não poder o magistrado aplicar aos contratos realizados pelas instituições bancárias as mesmas condições e disposições aplicáveis aos demais, se são precisamente as instituições bancárias que possuem como objetivo o investimento, o desenvolvimento econômico-financeiro e o lucro.

Quando da entrada em vigor do CDC, os bancos não aceitavam a condição de prestadores de serviço, não admitiam a incidência do CDC sobre suas relações negociais, interpunham recurso, até que restou pacificada a prestação de serviço e a incidência do CDC.

Observe-se um julgado RT 666/7-17 sobre esse assunto:

“O dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo ao contrário instrumentos ou meios de pagamento que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final – a não ser os colecionadores de moedas e o Banco Central quando retira a moeda de circulação” (WALD apud CAVALIERI FILHO, 2008, p. 176).

O CDC em seu art. 3º, § 2º, “incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço” (op. cit., p. 175), a partir de quando não se pôde mais

excluí-lo da qualidade de prestador de serviço. Tal fato se deu em razão da resistência que os bancos apresentavam quando necessitavam responder em juízo, segundo as disposições do CDC, por algum dano ao contratante. Foram necessários muitos recursos reconhecendo-os como prestadores de serviço, havendo sido pacificado com a referida inclusão no texto legal.

Prosseguiram os bancos em seu intento de afastar de si mesmos a aplicação de algumas das disposições do CDC, insistindo em não se inverter o *onus probandi* em várias situações, porém a grande vantagem dos bancos se fez verificar através do enunciado da Súmula nº 381 do STJ.

Em 2008, o STJ editou uma contraditória súmula, a nº 381, cujo enunciado determina que nos contratos bancários o juiz não pode reconhecer de ofício a abusividade de uma cláusula. Uma das possíveis razões que levaram à edição da referida súmula foi o REsp 1.042.903/RS (2008/0065702-7) (*Fonte: DVD Magister, ementa 11461629, versão 33, Editora Magister, Porto Alegre, RS*)

Neste recurso se entendeu que o objeto da causa de pedir era sobre a taxa aplicada à relação contratual de financiamento bancário e o questionamento das cláusulas abusivas sobre o mesmo, já que em contratos de financiamento não há discussão das cláusulas, por se tratar de contrato por adesão.

Tal feito surpreendeu os estudiosos do direito do consumidor por evidenciar uma violação ao próprio CDC, à sua principiologia, às disposições constitucionais e até à Política Nacional de Consumo. Além disso, deu causa a um maior desequilíbrio contratual, conferindo aos bancos uma tutela de que não necessitam por já possuírem uma superioridade contratual, em detrimento do consumidor, que é a parte vulnerável da relação consumerista.

Salienta-se que o STJ não foi feliz nessa decisão, pois expressa vício insanável de ilegalidade, uma vez que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e o próprio CDC determinou ao julgador reconhecê-las de ofício.

Os bancos, por existirem em pequeno número, porém muito poderoso, são muito mais fortes econômica, financeira e juridicamente. Conseguiram estabelecer uma desigualdade contratual e tamanha violação ao CDC e de forma absolutamente legítima: por meio de jurisprudência, por via de determinação do STJ.

Analise-se o que dispõe o nº 381 da STJ: *Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.*

Não existe razão para abertura desse tipo de exceção justamente em favor de instituições que comprovadamente não estão visando direitos, nem bem-estar das pessoas e dos consumidores. O equilíbrio da ordem social e

econômica, tão privilegiado por outros diplomas legais, restou ameaçado, prejudicado e até mesmo quebrado, como assinala Neiva (2010):

“Nessa lógica absurda, considerando que as cláusulas abusivas são sempre favoráveis aos bancos e desfavoráveis ao cliente, o STJ quer que os juízes sejam benevolentes com os bancos e indiferentes com seus clientes. Devem se omitir, mesmo sabendo que esta omissão será favorável ao banco, e não podem atuar, mesmo sabendo que sua ação poderá corrigir uma ilegalidade.”

No mesmo sentido, observa Malheiros (2010):

“O absurdo desta súmula é tão evidente que podemos deparar-nos com a situação de um mesmo magistrado declarar nula de ofício uma ‘venda casada’ em um contrato de consumo qualquer, mas ser proibido de fazê-lo em um contrato bancário. Realmente não conseguimos identificar qual o motivo para tal distinção.”

Inobstante tal apreciação do tema, cabe colacionar uma visão processualista do Prof. Fredie Didier Junior (2009). Ele ressalta que a questão não colocada processualmente para decisão “não se presta a ficar imune pela coisa julgada”. Ademais, completa ele:

“Rigorosamente, o que se pretende afirmar é que, em processos em que se discuta um contrato bancário, veda-se ao juiz decidir *ex officio* sobre a abusividade de cláusulas contratuais. A orientação nº 5, que consta do acórdão do recurso especial representativo da controvérsia nº 1.061.530/RS, o principal precedente do verbete da súmula, é muito mais clara: ‘É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.’”

Conclui ainda o ilustre processualista explicando que pela dicção da orientação nº 5, se o consumidor pleiteia em juízo a invalidação de uma cláusula contratual, não pode o juiz sem pedido, invalidar outra, porque estar-se-ia violando o princípio do contraditório, assegurado pela regra que estabelece a congruência entre a sentença e a demanda. Sem pedido, não pode o juiz decidir sobre a invalidade de uma cláusula abusiva como *questão principal* (destaque em itálico do autor). Assim, analisar uma cláusula abusiva fora do pedido feriria o princípio da congruência.

Compreende-se perfeitamente a questão apresentada pelo Prof. Didier, que poderá ser posteriormente a invalidação pleiteada, uma vez que não fará coisa julgada, e que o princípio da congruência deva ser resguardado. Aliás, considerações muito relevantes do ponto de vista processual.

Porém, com todo respeito e admiração, compreende-se que, ainda assim, do ponto de vista da lei material, poderá haver um prejuízo para o consumidor, uma vez quebrada a isonomia entre os contratos por ele realizados. Se for o contrato de natureza consumerista, em geral, poderá o julgador reconhecer abusividade de cláusula de ofício, ou seja, sem pedido expresso. Se em contratos bancários já não se fala em reconhecimento de ofício, serão decididas apenas aquelas para as quais o consumidor buscou decisão. Por que essa diferenciação tão desproporcional?

4.2 A Inconstitucionalidade do nº 381 da Súmula do STJ

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

Segundo Garcia (2010, p. 311),

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

Evidentemente, não se pode negar que foi um retrocesso para a defesa do consumidor vedar o reconhecimento de ofício de cláusula abusiva nos contratos bancários. Isso demonstra que foi também violado o direito como um todo, uma vez que o sistema jurídico é afrontado quando há um franco desrespeito, já que se trata de um ordenamento baseado em cláusulas gerais, em uma principiologia que reconhece a dignidade da pessoa humana como valor, como axioma a permear toda conduta no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Grinover; Vasconcelos (2010, p. 1) advertem: “Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*,

vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quanto possível, a posição de consumidor, seja proibindo certas práticas no mercado”.

Tais palavras esclarecem a franca violação à essência da lei de defesa do consumidor. Além de todo o exposto, existe um princípio geral implícito do Direito que é o não retrocesso do direito, que sinaliza que tudo que limita ou restringe o direito insculpido no texto constitucional com *status* de norma de direito fundamental, portanto, norma de direitos humanos, assegurada pelas garantias conferidas ao homem e sua dignidade, não podem sofrer nenhuma restrição sob pena de acarretar uma violação não somente àquela lei específica, mas a todas as normas formadoras do sistema jurídico brasileiro, na qualidade de Estado Democrático de Direito.

5 Conclusão

O primeiro aspecto analisado foi a questão do direito do consumidor se encontrar estabelecido em uma norma de ordem pública e de índole constitucional. Sendo a lei de proteção ao consumidor uma das consequências do Dirigismo Contratual, em que o Estado passa a intervir nos contratos a fim de equilibrá-los, havendo ainda um comando constitucional, com natureza de direito fundamental.

Os contratos por adesão são uma realidade incontestável dos dias em que se vive, como já se comentou, uma exigência da contratação massificada. Sem dúvida alguma, há que se considerar que essa espécie contratual acarreta uma restrição de direitos, ainda que não contenham somente cláusulas abusivas, mas eles apresentam muitas delas.

Se as cláusulas abusivas, por disposição legal, podem ser reconhecidas de ofício pelo julgador, com muito mais razão deveriam ser identificadas e retiradas dos contratos celebrados com bancos, que, por si sós, são instituições que trabalham com crédito e contratos de mútuo, nos quais as cláusulas abusivas se fazem verificar com mais facilidade e frequência.

Feitas essas considerações a respeito dos contratos por adesão, que, na maioria dos casos, facilitam a inserção de cláusulas abusivas, é necessário assinalar que tais cláusulas são nulas de pleno direito e que o julgador pode reconhecer de ofício as que apresentarem abusividade. Ao contrário, nos contratos bancários que são as potências econômicas dos países capitalistas, é vedado ao juiz esta atuação por determinação da Súmula nº 381/STJ.

Tal fato cerceia o direito ao ponto de impedir o acesso à justiça, basilar princípio do direito do consumidor, uma vez que esse conceito atualmente se mostra ampliado, requerendo uma sentença justa e que seja capaz de analisar o

mérito do caso concreto tempestivamente, sem o qual não há acesso à justiça, mas somente ao Judiciário, que, por determinação da referida súmula, terá que se colocar silente e inoperante.

Ante o exposto, a outra conclusão não se pode chegar, senão que a disposição da Súmula nº 381 do STJ é, com toda certeza, ilegal, porque fere o direito do consumidor, sua principiologia e, ainda, inconstitucional, prejudicial ao consumidor em geral e ao direito do cidadão, considerando-se os princípios e preceitos fundamentais do direito civil-constitucional, principalmente, a dignidade da pessoa humana, fio condutor do ordenamento jurídico. Fere ainda, e por consequência, a isonomia nas contratações.

Lamenta-se que um órgão julgador da proporção do STJ venha vedar um direito garantido em lei própria, favorecendo os bancos, que são instituições de crédito, financeiras, que visam obter lucro através das mais altas taxas de juros, os principais a criarem contratos por adesão mais onerosos do mercado.

Representa, pois, um retrocesso ao direito do consumidor, às conquistas que até hoje se têm logrado no sentido de se proteger integralmente a pessoa e os direitos inerentes à sua dignidade.

TÍTULO: Contratos consumeristas – Clausulas abusivas, el reconocimiento de oficio y la declaración del Fallo 381 del STJ.

RESUMEN: La tutela del Consumidor permite a las partes la elección de clausulas contractuales a la luz del principio de la autonomía de la voluntad, que deben contener la expresión de la fidelidad, de la seguridad, el cuidado, inherentes al concepto de buena fe objetiva, no contrariando, por supuesto, toda la principiología de la Teoría Contractual. Pero esta libertad hay que observar algunos aspectos éticos como no inclusión de clausulas abusivas, que son aquellas que limitan o restringen el derecho del consumidor, causándole un perjuicio o generándole una onerosidad, hiriendo un derecho garantizado constitucionalmente, que por lo tanto posee carácter de derecho fundamental, y como tal, derechos humanos. Por su perjudicialidad pueden ser reconocidas de oficio por el juzgador, que declara la nulidad, preservándose, sin embargo, las demás clausulas contractuales. Las clausulas abusivas son encontradas con más frecuencia en los contratos por adhesión. El presente trabajo pretende destacar el contenido del Fallo 381 del STJ que instituyó un franco desequilibrio a la igualdad contractual, disponiendo que en los contratos bancarios las clausulas abusivas no pueden ser declaradas como tales, de oficio, por el juez. Los contratos de naturaleza bancaria se quedan con una supremacía capaz de herir los derechos del consumidor, rompiéndose con el equilibrio pretendido por el legislador que busca un derecho justo, igual y social, a través de una norma que no solamente tiene índole constitucional, sino también de orden publica.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Fundamental. Clausula Abusiva. Contratos Bancarios. Nulidad. Declaración de Oficio.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed., São Paulo: Renovar, 2008. p. 122-126.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. Série Leituras Jurídicas. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIDIER JR, Fredie. *Sobre o n. 381 da súmula do STJ*. Em 2009.
- DVD Magister. *Versão 33*, Editora Magister, Porto Alegre, RS.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor – código comentado e jurisprudência*. Niterói: Impetus, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS, Antonio Herman apud GARCIA, Leonardo Medeiros. Niterói: Impetus, 2010.
- LÔBO, Paulo Luz Neto apud NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca do Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2001.
- LOWENROSEN, Flavio. In: *Preguntas Frecuentes*. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ThQwRmlEhi8J:www.eldial.com.ar/suplementos/consumidor/preguntas/preguntas_01.asp+CLAUSULAS+ABUSIVAS+consumidor&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=ar. Acceso en 04/08/2010, 15h05min.
- MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. *A Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Súmula 381*. Disponível em www.lfg.com.br. Acesso em 03 de setembro de 2010, 18h45min.
- MORCECIAN, Rubén R. Material de Clase de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Disciplina de Derecho del Consumidor, en la Universidad Nacional de La Plata, julio de 2010.
- MORELLO, Augusto Mario y MORELLO, Guillermo Claudio. *Los derechos fundamentales a La vida digna y a La salud*. La Plata: Libreria editora Platense, Argentina, 2002.
- NEIVA, Gerivaldo Alves. *A Súmula 381 do STJ: um ato falho?* Disponível em: <http://www.gerivaldoneiva.blogspot.com>. Acesso em: 03 set. 2010.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca do Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2001.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123 e seguintes.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- QUIROGA LEVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, Maria de las Nieves. *Derecho Constitucional Argentino*. 2. ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva 2007. p. 51-52.
- Superior Tribunal de Justiça (STJ). www.stj.jus.br.
- Supremo Tribunal Federal (STF). www.stf.jus.br.