

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LEOMAX LEITE DA SILVA

A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIO À LUZ DO CDC

SOUSA

2014

LEOMAX LEITE DA SILVA

A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIO À LUZ DO CDC

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>o</sup>. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA

2014

LEOMAX LEITE DA SILVA

A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIO À LUZ DO CDC

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.º. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

BANCA EXAMINADORA

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Prof.º. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira..  
Orientador

---

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

---

Prof.(a) Membro da Banca Examinadora

“Cada um de nós pode trabalhar para  
mudar uma pequena parte dos  
acontecimentos [...] A história é feita de  
inúmeros atos de coragem e crença.”

(John Kennedy)

Dedico ao meu pai (in memoriam), a minha  
mãe, mulher da minha vida, e ao meu  
irmão pelo eterno incentivo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, principal responsável por mais essa conquista. Sem ele eu não teria forças para essa longa jornada.

Ao meu pai Francisco de Assis da Silva (in memoriam), a minha mãe Maria Lúcia Leite da Silva, a presença de vocês significa muito em minha vida, tenho a segurança e a certeza que não estou sozinho nessa caminhada. A minha avó, pelo carinho, confiança, amor e principalmente pela fé dedicada a mim.

A meu irmão, Felipe Leite da Silva, pelo carinho e força que me dão, por estar sempre junto comigo nos momentos mais importantes, me apoiando e ajudando em tudo.

Aos meus amigos de apartamento Esaú e José Pires, pelos momentos de apoio e aos colegas de Universidade e demais amigos que sempre torceram por mim e me ajudaram no decorrer de todo o curso.

Reservo também minha gratidão para ao professor Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, ora meu orientador. Obrigado pela paciência, dedicação, e pela oportunidade, mestre. Sem a sua ajuda, esse momento não seria possível.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar a ilegalidade da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça frente às garantias do Código de Defesa do Consumidor. A ilegalidade gira em torno de a referida súmula impedir que o juiz atue de ofício quando da decretação de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de adesão bancários. A pesquisa desse estudo iniciou-se através de um balanço histórico do instituto, galgando pelo conceito e estudo dos princípios contratuais e concluindo com a análise de confronto entre a referida súmula e o artigo 51 do CDC. Para melhor ilustrar o tema, foram levadas em consideração decisões judiciais a respeito, bem como posições doutrinárias, servindo como instrumento prático para consumidores e operadores do direito a obterem melhor compreensão do que seja cláusula abusiva, bem como a divergência existente entre a súmula do STJ e o Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chaves:** Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusulas Abusivas.

## **ABSTRACT**

The aim of this study was to demonstrate the illegality of 381 docket of the Superior Court of Justice in the face of assurances from the Consumer Protection Code. The illegality revolves around said scoresheet prevent the judge acts in office when the annulment of unfair terms in contracts of adhesion bank. The research of this study was initiated through a historical examination of the institute, chalking up the concept and study of contractual principles and concluding with an analysis of confrontation between this summary and the article 51 of the Code of Consumer Protection. To better illustrate the theme, were taken into consideration regarding judicial decisions, as well as doctrinal positions, serving as practical for consumers and legal professionals gain better understanding of what is unfair term instrument, as well as aa divergence in the sum of STJ and the Code of Consumer Protection.

**Keywords:** Code of Consumer Protection. Banks. Abusive Clauses.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DE CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIO: PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA</b> .....	11
2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA .....	11
2.2 CONCEITOS GERAIS DE CONTRATOS DE ADESÃO .....	14
2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIOS: CONCEITO E OUTROS ASPECTOS .....	18
<b>3 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS EM GERAL E OS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES BANCÁRIAS À LUZ DO CDC</b> .....	24
<b>4 DIVERGENCIA EXISTENTE ENTRE A SÚMULA 381 DO STJ E O ART. 51 DO CDC À LUZ DOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIOS</b> .....	35
4.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO TEMA .....	35
4.2 DEFESA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS NAS RELAÇÕES COM OS BANCOS .....	40
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERENCIAS</b> .....	49

## 1 INTRODUÇÃO

Contrato, de um modo geral, seria um negócio jurídico firmado de maneira bilateral, na qual visa criar, modificar o extinguir direitos, tendo em ambas as partes uma ou mais pessoas firmando tal negócio jurídico.

Diante das várias espécies de contratos, temos o contrato de adesão na seara bancária, que seria um contrato pré-constituído por apenas uma das partes, não tendo espaço para a discussão das cláusulas contratuais, ficando estas, para a decisão de apenas uma das partes, ficando a outra sujeita a apenas aderir ou não às cláusulas estabelecidas.

No entanto, com a ausência de participação de umas das partes da relação contratual, para discutir as cláusulas do contrato, se ganha espaço para a prática de abusividade ao estabelecer o contrato de maneira unilateral. Paralelo a essa prática, surgem às chamadas cláusulas abusivas, que seriam aquelas que trariam algum tipo de prejuízo à parte aderente ao contrato. Tais cláusulas podem ter sua nulidade declarada de ofício pelo juiz em qualquer momento do processo, por ir de contra ao princípio da ordem pública.

Os contratos de adesão se firmaram em virtude do surgimento da produção em massa, com o fim de se criar um modelo padrão para todos os tipos de consumidores adquirentes de produtos ou serviços.

Tal objetivo iria amenizar a perda de tempo de se negociar contratos, deixando de causar transtornos para os consumidores. A ideia era criar um contrato que serviria para todos aqueles que fossem contratar com determinada empresa ou fornecedor de certos produtos ou serviços.

Segundo o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Diante da livre estipulação das cláusulas contratuais pelas empresas, fez-se surgir a presença do Direito, dando freio aos absurdos que algumas e, até, todas as cláusulas dos contratos de adesão, fez surtir para seus aderentes, já que o poder de negociação das cláusulas contratuais era praticamente inexistente para esse tipo de contrato.

A abusividade do conteúdo das cláusulas contratuais foi tornando-se uma triste realidade dos contratos de adesão e, com os contratos bancários, que fazem parte desses contratos de consumo, também não foi diferente.

A nulidade diante de tal abusividade foi tida como absoluta pelo nosso ordenamento jurídico. Cláusulas abusivas nos contratos bancários são cláusulas nulas e podem ser declaradas de ofício pelo juiz em qualquer momento processual. Esse é o ensinamento do art. 168 do Código Civil.

Diante de tal questionamento fez-se surgir a Súmula 381 pelo STJ, que questiona a nulidade absoluta das cláusulas abusivas nos contratos bancários, na medida em que nega ao juiz conhecer de ofício as mesmas. Fato este que também vai de encontro com o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o mesmo declara serem nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas.

É importante salientar que o fundamento da Súmula 381 do STJ é o questionamento das cláusulas abusivas de juros em contratos bancários, cuja legalidade não viria da lei consumerista, e sim das taxas médias de mercado controladas e planejadas pelo Conselho Monetário Nacional, dada a complexidade da ordem financeira nacional.

O tema escolhido, a abusividade nos contratos de adesão bancário à luz do Código de Defesa do Consumidor, irá discutir sobre a divergência existente entre a referida Súmula 381 do STJ e o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, a real aplicabilidade dos institutos citados e seu tal Súmula implicaria na inconstitucionalidade e legalidade do art. 51 do CDC.

## **2 BREVE ANÁLISE CONCEITUAL DE CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIO: PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA**

### **2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICO-EVOLUTIVA E DIDÁTICA:**

É com a autonomia privada que surgem os primeiros rumores de se buscar um meio de garantia entre acordos de vontade dentro de um mercado econômico cada vez mais crescente. Foi com o contrato que se estabeleceu um meio adequado de garantia dos negócios jurídicos firmados em meio à grande expansão do capitalismo da época.

A concepção tradicional de contrato liga-se à idéia de autonomia da vontade, sendo essa vontade o elemento principal do contrato, pois significa a legitimação do contrato. É por meio da vontade livre e real isenta de vícios ou defeitos, que pode dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e de direitos.

MARQUES (2011, p.61) assim ensina sobre o “momento histórico da concepção clássica do contrato”:

A concepção clássica de contrato não é fruto de um único momento histórico – ao contrário, ela representa o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a Idade Média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com a Revolução Francesa, o nacionalismo crescente e o liberalismo econômico. A compreensão desta teoria clássica contratual exige, portanto, que se analisem igualmente as origens dessa concepção, sempre tendo em vista o reflexo que estas influências teóricas e sociais tiveram no nascimento da doutrina da autonomia da vontade. É necessário, igualmente, que se identifique que consequências jurídicas se originaram, nos ordenamentos jurídicos de quase todos os povos europeus e também entre nós, da aceitação desta concepção clássica de contrato.

Durante anos, a intervenção do Estado nas relações de negócio dos homens era mínima, devido à ideia de que o Estado deveria atuar de forma mínima, tendo a sociedade independência em suas relações, principalmente de consumo. Paralelo a essa falta de igualdade e liberdade nas relações de mercado, faz surgir na França um movimento denominado de Revolução Francesa, pautado nas ideias de: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Diante de tal movimento, o contrato ganha um grande espaço nas relações de negócio, inclusive, pautado por força de lei. As partes discutiam suas

necessidades e contratavam, apesar da simplicidade do contrato. As partes discutiam previamente as cláusulas contratuais, pois ocupavam posição de igualdade nas relações de consumo.

MARQUES (2011, p.58) diante da “concepção tradicional do contrato” assim descreve:

É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito. A função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias, assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.

Para o doutrinador europeu Gerard Cas, o mesmo diz:

“A sociedade industrial formulou uma nova concepção nas relações contratuais que tem por base a desigualdade de fato entre os contratantes. O legislador pretende proteger o mais fraco contra o mais forte, o leigo em favor do mais informado; os contratantes modernos devem sempre ter em conta aquilo que os juristas chamam de ordem pública econômica. Isto se manifestou com nítida clareza nas relações entre empregadores e assalariados, porém hoje em dia, a relativização da liberdade contratual se pontua nas relações de consumo, que se realizam entre os profissionais fornecedores ou distribuidores de produtos ou serviços e aqueles que os utilizam. (CAS 1980 *apud* LYRA, 2003, p.3)”

Como capitalismo em alta e uma economia cada vez mais crescente, a necessidade dos fornecedores em oferecer aos consumidores novas opções de contratos, tornou-se essencial, cujo objetivo era agilizar as relações de consumo.

O crescimento comercial que ocorria no início do capitalismo, fez com que contratações em massa fossem realizadas e, um novo modelo de contrato foi necessário para abarcar essa evolução do meio contratual.

A nova realidade contratual deu espaço para o surgimento dos chamados contratos de massa. Esse modelo foi utilizado pelos fornecedores para que um número mais elevado de consumidores pudesse contratar de uma forma mais eficaz, deixando de lado a fase inicial de discussões das cláusulas dos contratos. Essa nova realidade traria mais eficiência e eficácia nas relações contratuais.

Roberto Senise Lisboa afirma que o contrato de massa é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podendo chamá-lo de contrato de direitos transindividuais (metaindividuais), difusos ou coletivos, ou ainda, contrato de interesses sociais.

Diante dessas relações contratuais ganhando cada vez mais espaço, surge dentro dessas relações, uma espécie de contrato classificada de contrato de adesão, assim denominado primeiramente pelo doutrinador Raymond Saleides, em 1901.

Tal contrato tinha como premissa básica a formação, de modo unilateral, de suas cláusulas por quem o formula, ou seja, pelos fornecedores dos serviços e/ou dos produtos, não dando espaço para que a outra parte da relação contratual, o consumidor, tenha participação em sua elaboração. Aos consumidores apenas resta aceitar tais condições estipuladas no contrato, ficando a seu critério aderir, ou não, ao mesmo. Essa mesma idéia de contrato de adesão ainda prevalece nos dias atuais.

Assim, prescreve o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor que: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Conforme se pode averiguar pelo teor do artigo 54 do CDC, ao consumidor cabe, apenas, aderir às cláusulas contratuais já preestabelecidas pelo fornecedor, não dando margem para a discussão das mesmas, bem como não podendo modificar o seu conteúdo.

Nos dizeres do professor SILVIO RODRIGUES (1996, p. 45):

A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de negociação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

Nas palavras de Renata Mandelbaum “o surgimento do contrato de adesão foi um reflexo das alterações econômicas surgidas com a crise contemporânea, apoiados basicamente em três idéias:

a) Ficaram acentuado os desequilíbrios entre os indivíduos demonstrando a rupturado princípio da liberdade de contratação.

b) Mudanças radicais foram operadas no processo de produção e de consumo, tanto de bens quanto de serviços.

c) Todas essas alterações geraram a necessidade de celeridade nas negociações econômicas.”

Diante desta lição pode-se concluir que, o conceito do contrato de adesão em nada se parecia ao conceito tradicional de contrato que se tinha à época diante das diferenças de características dos contratos. Diante disto, chegou-se a pensar no fim dos contratos, bem como explica Paulo Luiz Neto Lobo: “a transformação dos pressupostos do contrato, segundo o modelo que nos legou o Estado liberal, causou uma rica discussão entre os juristas, nos últimos anos, havendo quem renunciasse a morte do contrato”.

É como essa orientação que, assim explica o professor Nelson Nery Junior (1999, p. 437):

O Código de Defesa do Consumidor tem o propósito de instituir uma mudança de mentalidade no que respeita às relações de consumo, que tem de ser implementada por todos aqueles que se encontram envolvidos nessas relações, notadamente o fornecedor e o consumidor. O novo regime contratual das relações de consumo tem visível compromisso com a modernidade, de modo a fazer com que as constatações e previsões pessimistas sobre a “morte do contrato” não se concretizem.

## 2.2. CONCEITOS GERAIS DE CONTRATOS DE ADESÃO:

Contrato de adesão é uma modalidade de contrato em que uma das partes estabelece todas as cláusulas do contrato, cabendo a outra parte apenas aderir ao conteúdo estabelecido, ou seja, é uma modalidade que não existe uma negociação prévia das cláusulas contratuais. Neste tipo de contrato existe o fornecedor de um lado e, o consumidor do outro.

Tal conceito é descrito pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54. “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas

pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Nas palavras de Peixoto, contrato de adesão seria:

“Negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para construir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja préconstituído por uma das partes, eliminada a livre discussão que procede normalmente à formação dos contratos”.

As cláusulas dos contratos de adesão já são elaboradas, unilateralmente, pelos próprios empresários ou mesmo pelo próprio Estado.

Segundo Rizzardo (2006) na prática, é formulário onde se preenche a data, o preço e a qualificação da parte aderente, constituindo essas variáveis, toda a negociação preliminar.

Diante da imposição por uma parte e submissão pela outra, percebe-se a limitação de vontade nesses tipos de contratos, fazendo surgir uma parte vulnerável e submissa ao conteúdo das cláusulas contratuais.

Com preocupação na fragilidade do consumidor, faz surgir com o Código de Defesa do Consumidor, a proteção contratual, buscando amenizar tal fragilidade, na concessão de várias garantias para o consumidor.

O contrato é um negócio jurídico firmado de modo bilateral, é o acordo de duas ou mais partes, pautando-se com a ordem jurídica e que tem por finalidade estabelecer uma relação de vontade entre as partes. O escopo de um contrato é o de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Segundo COELHO (2010, p.100):

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



Sendo o contrato um negócio jurídico, ele requer, para sua validade, a observância dos requisitos do artigo 104 do CC, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Os contratos possuem dois elementos: o estrutural e o funcional.

O estrutural, como o próprio nome diz, refere-se à estrutura. Para termos um contrato é necessária a existência de duas ou mais pessoas<sup>1</sup> que acordam sobre um determinado objeto.

Já o funcional diz respeito à composição de interesses contrapostos (mas harmonizáveis) entre as partes, constituindo, modificando e solvendo direitos e obrigações.

O contrato de adesão passou a ser disciplinado pelo Código Civil promulgado em 2002, diferentemente do Código revogado.

Nos dizeres da professora Cláudia Marques (2002, p.58), contrato de adesão é:

aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne variatur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. [...] Oferecido ao público em modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. [...] Limita-se o consumidora aceitar em bloco as cláusulas.

Já na lição de Saleme e Fontoura (2009, p.81), contrato de adesão está descrito dessa forma:

“Contratos de adesão são aqueles em que o proponente não se dispõe a negociar quaisquer cláusulas do contrato, restando ao oblato a simples aceitação ou recusa da oferta. Esses contratos cumprem a importante função de homogeneizar a estrutura de venda ou prestação de serviços de uma determinada firma, permitindo a redução dos custos de negociação e de customização. Embora essencial para a redução de custos de produção e oferta de bens, os contratos de adesão vem sendo criticados como um instrumento de imposição de uma parte mais forte economicamente em relação a mais fraca”.

Não restam dúvidas de que inexistem nos contratos de adesão a fase de estabelecer e discutir suas cláusulas, devido a prevalência de vontade de uma das partes sobre a outra.

O contrato de adesão é aquele em que apenas uma das partes estipula as cláusulas e o modo como será o contrato, cabendo à outra parte, que é chamada de aderente, apenas aderir a este contrato, ou seja, aceitar as regras pré-estabelecidas. O contrato de adesão contrapõe-se, deste modo, ao chamado contrato paritário, pois neste as partes discutem livremente as condições.

De acordo com Orlando Gomes, “no contrato de adesão, uma parte tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se por simples adesão a conteúdo pré-estabelecido da relação jurídica”.

No contrato de adesão, o aderente encontra-se em uma situação desfavorável e, por este motivo, terá direitos resultantes da natureza deste negócio. Quem faz o contrato de adesão deverá redigi-lo de maneira mais clara possível, para que o aderente ao se decidir sobre a adesão entenda o que está fazendo.

Quando o contrato de adesão contiver cláusulas ambíguas ou contraditórias, caberá ao intérprete, no momento de apreciá-las, adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

É legítima uma cláusula contratual determinando a eleição de foro, no entanto, caso a escolha do foro estipulada em um contrato de adesão seja abusiva e prejudicial ao aderente, ela poderá ser desconsiderada, mesmo que o aderente tenha renunciado ao direito de escolha.

Por fim cabe ressaltar que a terminologia “contrato de adesão” deu ensejo a polêmicas terminológicas. Assim explica NERY JUNIOR (2004, p.551):

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

Contudo, Nelson Nery Junior esclarece que “o Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão”, previsto no art. 54 do referido diploma legal. O antônimo de contrato de adesão seria o contrato de comum acordo, ou contrato negociável, como prefere César Fiúza.

### 2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIOS: CONCEITO E OUTROS ASPECTOS:

Cláusulas abusivas são aquelas que irão trazer, para a parte mais fraca da relação contratual, o consumidor, desvantagens. Tais cláusulas, por se tratar de matéria de ordem pública, são nulas. Dessa forma, de acordo com o artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços”.

Para Lôbo (1991, p.155), cláusulas abusivas teriam o seguinte significado:

Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual. Através delas o predisponente, abusando da atividade que exerce e da debilidade jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, com sacrifício de razoável equilíbrio das prestações.

Ainda no que diz respeito ao conceito e características das cláusulas abusivas Cláudia de Lima Marques (1999, p.82) ensina:

“A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa fé, arbitrária ou lesionaria aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante, *machtposition*. A abusividade é assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas ou surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do co-contratante. [...] a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a “descoberta”, a “identificação” de sua abusividade é geralmente posterior, é atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, face aos reclamos daquele que, ao executar o contrato, verificou o abuso cometido.”

Diante disso, é válido ao juiz declarar de ofício, ao apreciar o caso concreto, a abusividade de tais cláusulas, anulando-as, garantindo-se, assim, a efetividade do CDC. Tal garantia encontra fundamentação nos princípios de aplicação obrigatória da Boa Fé Objetiva, Equidade Contratual e princípio da Proteção ao Consumidor.

Assim, já discorreu o STJ:

“O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva. Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC. O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória (...) Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou justiça contratual (...)” (REsp 436.853/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.<sup>a</sup> T., j. 04.05.2006, *Dj* 27.11.2006, p. 273).

A licitude é considerada um requisito fundamental de validade para os contratos de adesão bancários, visto ser uma condicionante de natureza extra volitiva, prezando-se assim, pela transparência do negócio, ligada à boa-fé, que é à base de qualquer negócio jurídico. Tem-se, assim, com a ilicitude, um defeito do negócio jurídico.

A garantia do consumidor, em face dos abusos cometidos por contratos abusivos, também encontra respaldo na lei maior, no rol das garantias fundamentais. Estabelece o art. 5º, XXXII da CF/88, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

A vulnerabilidade por parte do consumidor na relação contratual encontra-se previsto no art.4º, I, CDC, que institui como princípio o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Assim, explica o art. 423 do Novo Código Civil, que ressalva: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

No entanto, não é qualquer contrato ou cláusula firmado entre fornecedor e consumidor que fica sujeito ao regime das cláusulas abusivas.

Nesse sentido, explica Lôbo (1991, p.157 e p.158):

dir-se-á que o Código tem por finalidade a proteção de todos os contratos que envolvam relação de consumo. A lei, contudo, restringiu sua abrangência às hipóteses de cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão a condições gerais, pelas seguintes razões de princípio e de textura legal:

a) a relação de consumo é, por natureza, difusa e se dá entre o consumidor final e o fornecedor de bens e serviços, cuja atividade é por essência voltada à coletividade, valendo-se de comportamentos uniformes e padronizados;

- b) a inclusão dos contratos ou cláusulas negociadas nas hipóteses de cláusulas abusivas provocaria insegurança jurídica, pela ausência de critérios seguros;
- c) as cláusulas abusivas surgem regularmente nos contratos concluídos com adesão a condições gerais, porque o fornecedor aproveita essa técnica de substituição de discussão paritária para introduzir, pela via da predisposição, cláusulas que afirmam injustamente sua posição contratual dominante;
- d) o sistema de proteção contratual estabelecido no Código de Defesa do Consumidor visa assegurar o *justo equilíbrio* entre direitos e obrigações das partes (art. 51, § 4º), em virtude do desequilíbrio originário entre a predominância do poder contratual do fornecedor-predisponente e a debilidade jurídica do aderente. Tal desequilíbrio presume-se inexistir quando haja acordo paritário.

Sendo assim, fica evidente que, não é qualquer contrato ou cláusula que o classificará como cláusula abusiva, tendo como premissa à natureza de condição geral.

O Código de Defesa do Consumidor veio fortalecer ainda mais a proteção da parte mais vulnerável da relação contratual, ou seja, o consumidor, incluindo várias normas com o objetivo de evitar as cláusulas abusivas nos contratos e, ligadas a toda essa proteção oferecida pelo CDC, tem-se uma atuação cada vez efetiva do Judiciário, a fim de evitar práticas abusivas por parte do fornecedor.

Nos dizeres da professora CLAUDIA LMA MARQUES (2011, p. 907-908):

[...] a atualização do CDC pode esclarecer que tanto as normas, quanto os negócios jurídicos deverão ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor, pois este é o espírito do conjunto de normas tutelares. Cabendo ao Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso, e à Administração Pública assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor, inclusive conhecendo de ofício a sua violação, como tem feito nestes 20 anos de prática. Em outras palavras, a interpretação pró consumidor é uma regra geral do sistema de direito brasileiro (direito privado e público), que no microssistema do CDC consubstancia-se através da norma do art. 47, mas nela não se exaure, pois como afirma Baldus, desde Roma, conhece o direito (nacional e internacional) uma interpretação especial conforme o “papel” do sujeito nos contratos.

Dentro das relações contratuais na seara bancária, o fornecedor de serviços aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limitá-la, para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou para agravar ônus e deveres, estabelecer prazos injustos, inverter o ônus de prova, enfim, desequilibrar a se favor o regulamento contratual.

Contratos bancários são aqueles em que uma das partes é o banco e, tendo, o mesmo, como objeto, o crédito, sendo tais contratos, em sua maioria, contratos de adesão.

Nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques (1999, p.197) contratos bancários seriam:

“Podemos denominar, genericamente, contratos bancários aqueles concluídos com um banco ou uma instituição financeira. Entre eles destacam-se o depósito bancário, depósito em conta corrente, conta poupança, ou a prazo fixo, o contrato de custódia e guarda de valores, o contrato de abertura de crédito, de empréstimo e o de financiamento. Na sociedade atual os contratos bancários popularizam-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É o contrato de adesão por excelência, é uma das relações de consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com ‘condições gerais’ impostas e desconhecidas.”

Os contratos bancários nas suas relações com seus consumidores têm incidência direta do CDC, haja vista dos mesmos conterem cláusulas abusivas, sendo dever do Estado garantir proteção aos consumidores quando se tratar de contratos em que suas cláusulas são indiscutíveis e imodificáveis quando da assinatura dos contratos.

Na relação contratual bancária, os bancos são os fornecedores, cujo produto de sua atividade é o crédito e o dinheiro, considerados bens juridicamente consumíveis.

A aplicação do CDC nos contratos bancários encontra validade no art. 52, incisos II e III, e parágrafo 2º do inciso V do CDC, quando diz: “No fornecimento de produtos e serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre [...] o montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros e acréscimos legalmente previstos. [...] É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.”

Ainda, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são nulas as cláusulas abusivas nos contratos bancários que dizem respeito a: eleição de foro, escolha unilateral pelo banco de índice de correção monetária, taxa de juros, vencimento

antecipado do contrato em caso de inadimplência, dentre outras, típicas de contratos bancários.

Dessa forma, importantíssimo trazer à baila que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto às diversas formas de abusividade nos contratos de adesão bancários:

EMENTA: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - NULIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DA PARTE HIPOSSUFICIENTE.

1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, a fim de se evitar a ocorrência de notório prejuízo, quer ao serviço judiciário, quer às próprias partes, ante a possibilidade do julgamento do feito vir a ser prolatado por juízo incompetente (MC nº 3.378/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 11.6.2001; MC nº 2.624/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, DJ de 28.8.2000).

2 - O entendimento desta Corte de Uniformização Infraconstitucional é firme no sentido da incidência da legislação pró-consumidor aos contratos de financiamento e compra e venda de imóvel (contratos de adesão), vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AgRg no REsp nº 802.206/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 3.4.2006; REsp 642968/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 8.5.2006; AgRg no REsp nº 714.537/CE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 13.6.2005; REsp nº 662.585/SE, de minha relatoria, DJ de 25.4.2005).

3 - Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Desta feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário (REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 18.12.2000; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 9.5.2005).

Por fim, vale destacar o inteiro teor da Súmula 297 do STJ que diz: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, deixando claro que, necessariamente, tem-se como parte obrigatória da relação contratual um Banco ou pessoa jurídica equivalente, considerada instituição financeira.

Entendimento esse já consolidado inclusive no Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de Inconstitucionalidade 2591, afastando qualquer discussão relativa à não incidência do CDC aos contratos bancários.

Sendo assim, vale destacar os ensinamentos de RIZZARDO (2006, p.24):

é obrigatória a aplicação do CDC aos contratos bancários, pois nestes “proliferam as cláusulas abusivas e leoninas, previamente estabelecidas, imodificáveis, e indiscutíveis quando da assinatura dos contratos.

Portanto, sendo o Código de Defesa do Consumidor a lei de proteção do consumidor, nada mais justo do que sua incidência nas relações contratuais bancárias.



### **3 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS EM GERAL E OS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES BANCÁRIAS À LUZ DO CDC:**

O princípio é o que orienta o aplicador do direito na sua atividade interpretativa. Ele também orienta e guia o legislador em sua função legiferante.

Os Princípios são formas de integração da norma jurídica, isto porque eles atuam como fonte de integração das normas jurídicas, objetivando suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Na relação consumerista, os princípios foram influenciados pelas políticas econômicas e pelos avanços dos direitos dos consumidores, sendo considerado fenômeno mais social do que jurídico.

É com os princípios constitucionais que surgem os princípios consumeristas, dando base de formação para estes, sendo considerados reflexos uns dos outros.

Assim, ensina VENOSA, (In. Site do MPF: 18 de setembro de 2002):

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez em nossa história jurídica, contemplou os direitos do consumidor. No inciso XXII do artigo 5º dispôs a carta: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Nesse dispositivo Estado está como denominação genérica de administração, por todos os seus entes públicos. Não bastasse isso, a Constituição Federal tornou a defesa do consumidor um princípio geral da ordem econômica (artigo 170, V). Ainda, o artigo 48 das Disposições Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse código de defesa do consumidor. Assim sendo, foi promulgado o código que já atravessou os primeiros dez anos de vigência, com profícuos resultados na sociedade brasileira. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) colocou nosso país dentro das mais modernas legislações protetivas das contratações de consumo, mormente das contratações em massa.

Como bem ponderou o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, o Direito do Consumidor emana do próprio texto constitucional, definindo-o como direito fundamental.

A validade de um contrato é pautada pelo acordo de vontades tendo que ser firmado por agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

O estudo dos princípios tornou-se de grande valia para melhor entender como se dá o desenvolvimento da relação contratual.

Apesar dos princípios não terem status de norma auto-aplicável, os mesmos atuam como parâmetro para interpretação dos demais preceitos, tendo aplicação prática nas relações contratuais.

Nas palavras do lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda (1988, p. 529) o mesmo ensina que princípios são: "proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado"

Já nas sábias lições do ilustre doutrinador Miguel Reale (1998, p. 305), princípios são:

(...) verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Na esfera consumerista, os princípios servem de orientação para aplicação e integração das normas do CDC frente às relações entre fornecedor e consumidor.

Dentre os vários princípios abarcados pelo Direito Contratual, tem-se o da boa-fé, ilustrado, inclusive, no próprio Código de Defesa do Consumidor, podendo ser considerado como o princípio máximo orientador do CDC. Assim, tem-se que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

E, em outra passagem pelo CDC, assim é tratada a boa-fé:

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

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Assim traz o artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A boa-fé adotada pela Teoria Geral dos Contratos é a boa-fé objetiva, baseada em fatos de ordem pública, devendo as partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. É dever de qualquer pessoa em agir de maneira honesta, desde a formação do contrato até sua execução. É um princípio que deve ser observado tanto pelo consumidor, quanto pelo fornecedor.

Assim ensina Marcelo Kokke Gomes (2001, p. 162):

é dever tanto do consumidor quanto do fornecedor atuarem de boa-fé em relação à parte contrária, ou seja, pautarem seus comportamentos pela correção e lealdade. Que negociem e busquem cada um melhor vantagem, mas sem utilizar-se de artifícios escusos para induzir a parte contrária em erro.

Os contratos são o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva, implicando no dever das partes em agir de forma a não quebrar a confiança. Tal dever, em primeiro lugar, dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente, e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele.

Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente.

Em terceiro lugar dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.

A boa-fé objetiva é, ao mesmo tempo, uma boa-fé lealdade e uma boa-fé confiança. Dever de lealdade de uma parte, expectativa de confiança da contraparte.

A confiança entre as pessoas, assim como a lealdade, cujo pressuposto necessário é a confiança, são valores ético-jurídicos que, assim, fundamentam o princípio da boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva tem diversas funções, dentre as quais se destacam: a interpretativa, a integrativa e de controle. Na primeira, o princípio determina que os contratos devam ser interpretados em seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Se resultarem dúvidas dessa operação, deve ser preferido o significado que a boa-fé objetiva aponte.

A função integrativa consiste em integrar os deveres, poderes, direitos e faculdades primárias e secundárias. Em sua função de controle, o princípio informa que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente.

Já a função de controle tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com a teoria do abuso de direito, adotada expressamente pelo novo Código Civil.

FERNANDO NORONHA (2003, p. 151):

Ora, nesse âmbito da interpretação e da execução do contrato (e do negócio jurídico em geral), a boa-fé traduz-se em três comandos, correspondendo, cada um, a uma sua diversa finalidade, ou função. Ao comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé, quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato (ou outro negócio jurídico), chamemos de função interpretativa da boa-fé. Aos dois comandos em que se desdobra o dever de agir de acordo com a boa-fé na execução do contrato, chamemos de funções de integração e de controle – um explicitará deveres, o outro delimitará direitos: o primeiro comando explicita (e de certo modo amplia) os deveres de comportamento de credor e devedor, ainda que não expressamente previstos nem no pacto celebrado, nem na lei; o segundo marca os limites dos direitos que o credor tem a faculdade de exercer contra o devedor.

A quebra da boa-fé por uma das partes, irá sempre caracterizar a antijuridicidade, gerando, inclusive, a obrigação de indenizar, não significando que a pessoa esteja agindo sempre ilicitamente, nem, muito menos, que esteja agindo necessariamente com dolo.

Diante de tal lição, percebe-se que a quebra da boa-fé não está ligada com a intenção de prejudicar, pois esta se relaciona com a má-fé. No entanto, esta

implicaria sempre a culpa e inversamente o dano culposo pressuporia, no sujeito, a má-fé.

Outro princípio que merece ser destacado é o da autonomia da vontade, que garante às partes da relação contratual, plena liberdade para concluir os seus contratos. Estava ligado ao liberalismo econômico, tão bem sintetizado na fórmula *laissezfaire, laissez passer*.

O princípio da autonomia da vontade é de extrema relevância para configurar requisito de validade do negócio jurídico, tendo os contraentes o dever de declarar a sua vontade de forma livre, séria e no sentido da contratação. É a aceitação em relação à oferta.

A autonomia da vontade pode ser entendida como, o poder conferido às partes de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus ajustes, tendo liberdade na direção do conteúdo e objeto do contrato.

NORONHA (2003, p. 113), assim explica:

Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de Direito Privado, pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o Direito Obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas do seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do Direito, psicológica, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros.

Importante se faz distinguir dois conceitos que, na maioria das vezes, chegam a ser confundidos, sendo considerados, até mesmo, como sinônimos. Trata-se da autonomia de contratar e da autonomia contratual. A primeira está ligada a liberdade de contratar, que seria a faculdade garantida às partes de realizar ou não o contrato. Já a segunda seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato.

Ainda no que se referem aos princípios, temos o princípio da força obrigatória dos contratos, conhecido também pela expressão *pacta sunt servanda*, na qual ensina que o contrato para ser válido e eficaz, deve ser cumprido pelas partes, sendo válida a idéia de que o contrato faz lei entre as partes.

No entanto, é importante lembrar que o princípio da força obrigatória dos contratos só tem valia se presentes e observados os requisitos de existência, validade e eficácia dos contratos, ou seja, se estiverem presentes os elementos do negócio jurídico, quais sejam: agentes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, forma prescrita ou não-defesa em lei, e a vontade das partes forem pactuados de forma livre e espontânea. Tal princípio abarca como sua principal finalidade a segurança jurídica do contrato, incentivando a sua concretização.

Cabe também destacar que o princípio da força obrigatória exige que as obrigações firmadas pelas partes do contrato sejam cumpridas, sob pena de a parte inadimplente responder com seu patrimônio pelo prejuízo que a outra parte possa sofrer.

Contudo, o não-cumprimento das obrigações pactuadas, poderia ser justificado pela ocorrência de força maior, caso fortuito ou pelo direito de arrependimento, caso estivesse sido expressamente previsto pelas partes.

Por fim cabe ressaltar que, o princípio da força obrigatória dos contratos, não é tido de forma absoluta, haja vista às restrições que o mesmo sofre em razão do princípio da isonomia, na qual exige que sejam tratadas de forma desiguais as partes desiguais, de modo a assegurar o equilíbrio entre as mesmas, e devido à Teoria da Imprevisão, que permite a intervenção judicial nos casos em que a realidade dos fatos se alterarem de modo não-previsto pelas contratantes, prejudicando o cumprimento do que foi pactuado.

Cabe aqui também mencionar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, onde o mesmo ensina que, as conseqüências jurídicas da relação contratual limitam-se às partes contratantes, sendo passíveis de expropriação os bens pertencentes ao patrimônio da parte inadimplente, não se estendendo aos bens de terceiros, ou seja, cada contratante irá responder por seus próprios atos.

Assim ensina LISBOA (1997, p. 108):

A relatividade dos efeitos negociais é, na verdade, referente à inoponibilidade do terceiro com relação ao vínculo. Qualquer oposição ao comportamento de um contratante na formação e execução da avença somente poderá se verificar por parte do que figure no pólo adverso da relação ou de seu representado. É a imposição da existência d contrato e de seus efeitos a todos.

A relatividade decorre do princípio da obrigatoriedade do negócio jurídico no Direito romano, na qual estabelece que as obrigações e os direitos contraídos na formação d contrato somente poderiam ser exercidos pelos contraentes.

Importante destacar os ensinamentos de MATTIETTO (2006, p. 34):

A relatividade dos contratos é um dos princípios clássicos do direito obrigacional. Recorde-se do brocardo *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, para exprimir que o contrato não prejudica nem aproveita a quem dele não seja parte. Em outras palavras, o contrato cria direitos e deveres para os contratantes, não para os terceiros. O reconhecimento de uma função social para o contrato atinge, em cheio, a noção de relatividade, pois o negócio deixa de ser algo que interessa apenas às partes, podendo suscitar, ainda que de maneira oblíqua ou reflexa, efeitos para terceiros.

O cumprimento do contrato limita-se apenas às partes contratantes. Seus efeitos não atingem terceiros. Par tanto, não se aplica apenas aos sujeitos, mas também ao objeto do contrato.

Para ORLANDO GOMES (2000, p. 44): “o contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação”. No mesmo sentido SÍLVIO DE SALVO VENOSA (1996, p. 27): “o contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros”.

Contudo, cabe ressaltar que o princípio da relatividade dos efeitos contratuais decorre de ato da autonomia contratual, na qual as partes têm a prerrogativa de regular seus próprios interesses da relação contratual.

Cabe registrar o princípio da imprevisão, ou Teoria da Imprevisão, que irá tratar da inexecução contratual. Caso a mesma ocorra, a execução da obrigação contratual não será exigível nas mesmas condições firmadas anteriormente à alteração.

É um princípio que surge da função social e da boa-fé objetiva, na qual se busca resguardar a equivalência material dos contratos firmados.

A execução da obrigação estipulada no contrato continuará exigível, todavia, não nas condições iniciais firmadas. Neste caso, é necessário um ajuste no contrato.

As origens históricas do princípio datam da época do Código de Hammurabi, pois o mesmo previa a imprevisão nas colheitas. No entanto, sua aplicação ficou a cargo do Direito Romano.

Contudo, devido ao seu desuso, o princípio da imprevisão volta a surgir com a 1ª Guerra Mundial, na qual gerou diversas instabilidades econômicas, ocasionando o surgimento de leis como a Failliot (França, 1918), segundo o qual, autorizava a resolução dos contratos concluídos antes da guerra devido à onerosidade da execução destes.

Mesmo existindo há séculos, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não havia disciplinado a Teoria da Imprevisão até a edição do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o mesmo só existia tão somente algumas referências no Código Civil de 1916.

Nas lições de DONOSO (2004) “A teoria da imprevisão prevista nos arts. 478, 479, e 480 do Código Civil de 2002 constituem o reconhecimento de que na ocorrência de eventos não previstos e muito menos imputáveis às partes, pode-se permitir a resolução ou mesmo a revisão do contrato, buscando-se adaptá-lo aos fatos supervenientes”, segundo Stolze (2010), “Assim, esta situação nova e extraordinária muda o contexto em que se celebrou a avença e faz crer, com certeza, que uma das partes não teria aceito o negócio se soubesse da possibilidade da ocorrência daquela situação”.

Nesse sentido, é preciso deixar claro que, caso ocorra tal imprevisto, o contrato deverá ser adaptado para uma nova realidade, causa esta que irá motivar em uma revisão contratual.

Essa é a lição do renomado GONÇALVES (2009, p. 28):

[...] a necessidade de segurança dos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir com a palavra empenhada [...], a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes [...].

É um princípio que tem aplicação nos contratos sinalagmático, onerosos, de execução continuada ou execução diferida

No que diz respeito à revisão contratual, assim ensina GAGLIANO, PAMPLONA FILHO (2010, p.321):

A negativa dessa via-deferida exatamente à parte que, em geral, goza de maior poder econômico - pode significar, na prática, que ao autor da ação (devedor onerado pelo evento imprevisível) caiba, apenas, pleitear a resolução do contrato, ou seja, a dissolução do negócio, o que poderá não lhe interessar, ou, até mesmo, ser-lhe ainda mais prejudicial.



Entretanto, é fundamental que se cobre do juiz uma sentença de revisão contratual, mesmo que contra a vontade do credor, em virtude da onerosidade excessiva superveniente nos contratos de execução continuada e diferida, sendo este o entendimento resguardado pelo novo Código Civil em seus artigos 317 e 478.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Para que a revisão contratual seja assegurada, se faz necessário a impossibilidade de previsão do fato por um homem médio, visto que a previsibilidade ser a possibilidade de ter pleno conhecimento do que pode acontecer.

O princípio da imprevisão não deve ser enxergado de maneira isolada, pois o mesmo guarda relações com a segurança jurídica e com o princípio da força obrigatória dos contratos. É de acordo com essa relação que a Teoria da imprevisão irá limitar a obrigatoriedade de cumprimento de das estipulações contratuais, pois o mesmo permite que seja feita modificação do contrato sem, contudo, ferir a autonomia da vontade, ficando alterado apenas o que não for de manifestação volitiva.

Assim já foi aplicada a Teoria da Imprevisão:

EXCESSO DE ONEROSIDADE. CONSÓRCIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. - TEORIA DA IMPREVISÃO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO PELO SISTEMA COMUM, COM ASSUNÇÃO DE PRESTAÇÕES CONSORTIS DE OBJETO DIVERSO. ADQUIRIDO PELO VENDEDOR. Verificada a excessiva onerosidade do comprador e enriquecimento indevido do vendedor, que apresentou o negócio como vantajoso para o comprador, justifica-se a dissolução do contrato nos moldes ajustados, transferindo-o para o campo dos contratos comuns de financiamento, com recálculo dos respectivos débitos e créditos, e evitando-se o enriquecimento indevido de uma das partes em detrimento. (TARS - APC 196.066.880 - 2ª CCiv. - Rel. Juiz Marco Aurélio Dos Santos Caminha - J. 01.08.1996).

Resta claro que o contrato deve ser cumprido fiel e pontualmente, e caso surja algum fato posterior à sua formação que cause desequilíbrio, ou outra situação que impeça o devedor de adimpli-lo, a invocação de uma teoria revisionista conterà caráter de exceção, em defesa do não-enriquecimento censurável por prejudicar a outra parte.

Por último, e não menos importante, o princípio da equidade contratual ou equilíbrio de direitos e deveres nos contratos. Segundo essa orientação, tal equilíbrio se baseia na ideia da igualdade, buscando restabelecer o equilíbrio da relação, seja protegendo o consumidor, devido sua vulnerabilidade, seja fornecendo-lhe instrumentos e mecanismos de superação desses desequilíbrios.

Percebe-se, assim, que tal princípio busca o equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor, buscando atingir a justiça contratual.

Ademais, o CDC elenca regras imperativas, que proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definida como a que assegure vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, o que seja incompatível com a boa-fé e a equidade.

Dessa forma, MARQUES (2011, p. 902) traz que:

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

O princípio da equidade ensina que a interpretação judicial do contrato deve ser em favor do consumidor, por ser este, a parte frágil da relação consumerista.

Contudo, deve deixar claro que, a interpretação mais favorável ao consumidor é do contrato de consumo como um todo e não apenas de cláusula obscura ou ambígua.

Assim ensina o STJ:

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do art. 7.º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar

ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Emente do REsp 1009591/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.<sup>a</sup> T., j. 13.04.2010, DJe 23.08.2010.

A incidência de cláusulas abusivas deverá ser declarada nula desde quando for estipulada, já que estas geram desvantagens ao consumidor. A interpretação pró consumidor é uma regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao Poder Judiciário assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor.

## **4 DIVERGENCIA EXISTENTE ENTRE A SÚMULA 381 DO STJ E O ART. 51 DO CDC À LUZ DOS CONTRATOS DE ADESÃO BANCÁRIOS:**

### **4.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO TEMA:**

Instituições bancárias são tidas como grandes alicerces para uma sociedade cada vez mais moderna e sujeita às facilidades em suas operações. Em uma sociedade cada vez mais consumidora, os serviços prestados pelos bancos tornam-se de grande valia, principalmente no que diz respeito às operações financeiras.

Os Bancos, assim como os demais estabelecimentos comerciais, visam o lucro em sua atividade desenvolvida, resultante principalmente da cobrança de juros. No entanto, inúmeras vezes, a busca de tal lucro não é concretizada de forma aceitável.

Em consonância com a situação econômica atual, os serviços bancários se tornaram imprescindíveis, o consumidor se encontra impelido a aderir a um contrato, o qual tem todos os seus termos definidos sem sua atuação prévia.

Contratos pactuados com bancos ou instituições financeiras são tidos por contratos bancários, sendo estes contratos de adesão.

De acordo com a Lei Nº. 4.595 de 1964, em seu artigo 17, instituições financeiras são conceituadas da seguinte forma:

Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Fran Martins (2000, p. 497) entende que os bancos são “empresas comerciais que tem por finalidade realizar a mobilização de crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital”.

MARQUES (1999, p. 197):

Podemos denominar, genericamente, contratos bancários aqueles concluídos com um banco ou uma instituição financeira. Entre eles destacam-se o depósito bancário, depósito em conta corrente, conta poupança, ou a prazo fixo, o contrato de custódia e guarda de valores, o contrato de abertura de crédito, de empréstimo e o de financiamento. Na sociedade atual os contratos bancários popularizam-se, não havendo classe social que não se dirija aos bancos para levantar capital, para recolher suas economias, para depositar seus valores ou simplesmente pagar suas contas. É o contrato de adesão por excelência, é uma das relações de consumidor-fornecedor que mais se utiliza do método de contratação por adesão e com “condições gerais” impostas e desconhecidas.

Dados esses importantes esclarecimentos, é necessário diferenciar quais operações de crédito ou contratos bancários se inserem na relação jurídica específica de consumo.

Constata-se que a própria Lei 8.078 no seu art.3º parágrafo 2º, é bem objetiva quando determina que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas”. Ou seja, a grande maioria dos contratos realizados pelos bancos é passível da aplicação da norma consumerista.

Assim, os contratos firmados por bancos em sua maioria são contratos de adesão por excelência, porém esses tipos de contratos, tem sua formação redigida pelo artigo 46 do CDC.

Diante disso, é necessária a aplicação do CDC aos contratos bancários, pois nestes proliferam as cláusulas abusivas e leoninas, previamente estabelecidas, imodificáveis, e indiscutíveis quando da assinatura dos contratos.

Outras disposições do Código ordenam os contratos bancários consumeristas. O art.52, incisos II e III, e parágrafo 2º do inciso V, CDC, estipulam:

No fornecimento de produtos e serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre [...] o montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros e acréscimos legalmente previstos. [...] É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

No entanto, não são todos os contratos firmados por bancos que são contratos bancários, visto que os mesmos também realizam contratos normais de serviços.

Nesse contexto, preciosas são as palavras do professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 10):

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

Na mesma linha de raciocínio, assim ensina Sergio Covello (2001 p. 45-46):

Na doutrina moderna, os contratos bancários soem ser concebidos sob dois critérios fundamentais: um, subjetivo e outro, objetivo. De conformidade com o primeiro critério, entende-se por contrato bancário aquele praticado por um Banco, de sorte que não se pode falar em contrato dessa natureza se ao menos um dos contratantes não for Banco ou banqueiro. [...] Em contraposição ao critério subjetivo, o critério objetivo põe de lado o sujeito-Banco e encara o contrato bancário como aquele que tem por objetivo uma atividade creditícia, ou melhor, uma atividade de intermediação do crédito.

Sendo assim, os dois critérios utilizados não são suficientes para conceituar de maneira ampla os contratos bancários visto que, o banco também realiza outros contratos que não sejam contratos bancários e o particular também pode realizar operação creditícia sem que se configure como bancária.

A relação jurídica estabelecida entre instituições financeiras e cliente, esta pautada na confiança. Assim, o conhecimento de informações dos clientes pelas instituições financeiras, deve ser respeitado pelo sigilo. No entanto, essa garantia de sigilo não é tratada de forma absoluta, pois a mesma pode ser restringida por questões judiciais, caso em que deverá ser prestada as informações necessárias.

Sobre sigilo bancário, assim ensina Sergio Carlos Covello (2001, p. 57):

O direito positivo da maioria dos povos disciplina esse dever, transformando-o em verdadeira obrigação de sigilo profissional, de sorte que as operações que os Bancos realizam assumem caráter sigiloso.

Os negócios jurídicos firmados pelos bancos se davam de modo individual, tendo cada banco suas próprias condições. Com o passar do tempo, as condições estabelecidas pelos bancos tornaram-se uniformes, padronizam-se os formulários.

É com essa prática uniforme adotada pelos bancos, que os clientes manifestam suas vontades pela adesão, tendo em vista ser um modelo de relação jurídica adotado por todos os bancos.

Os bancos, em suas associações profissionais, estabeleceram condições e se obrigaram a respeitá-las nas relações com os clientes. No Brasil, a padronização da atividade bancária se deu com a intervenção do Banco Central.

Conforme já explicitado, os contratos estabelecidos pelas instituições financeiras com seus clientes são do tipo contratos de adesão. Isto porque os bancos, no decorrer do tempo, passaram a abarcar uma infinita sequência de operações, tornando-se, com isto, a elaboração de um contrato para atender cada relação contratual.

É a partir disso, que cláusulas contratuais foram estabelecidas de modo unilateral pelos bancos, ou seja, os contratos passaram a serem pré-determinados, adquirindo uniformidade, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de discuti-las.

Como as cláusulas contratuais bancárias não são discutidas, geram lacunas para a incidência de cláusulas abusivas.

Nesse sentido, MARQUES (2006, p. 498) assim explica sobre cláusulas bancárias abusivas:

Reputam-se abusivas ou onerosas as cláusulas que impedem uma discussão mais detalhada do seu conteúdo, reforçando seu caráter unilateral, apresentando desvantagem de uma parte, e total privilegiamento d'outra, sendo certo que a reanálise é imprescindível na revisão desta anormalidade, sedimentando uma operação bancária pautada pela justiça de sua função e o bem social que deve, ainda que de maneira indireta, trilhar o empresário do setor.

Assim, as cláusulas abusivas tornam o contrato bastante oneroso para apenas uma parte, qual seja o aderente, acarretando com isso um desequilíbrio nas obrigações firmadas pelas partes.

A incidência de cláusulas abusivas nos contratos bancários é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo as mesmas, objeto de nulidade.

Nesse sentido, JOÃO BATISTA DE ALMEIDA (2009, p. 148), ensina com relação às cláusulas abusivas:

O código sancionou-as de nulidade absoluta, com as decorrentes consequências jurídicas, tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam pela passagem do tempo, nem pelo fato de serem alegadas pelo interessado; não são supríveis e não produzem efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.

Ainda sobre nulidade das cláusulas, assim já decidiu o Tribunal de Justiça:

Ementa: APELAÇÃO-CÍVEL. AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS. CONTRATOS BANCÁRIOS. REVISÃO DE CLÁUSULAS. NULIDADE. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE. APLICABILIDADE DO CDC AOS CONTRATOS BANCÁRIOS. CLAUSULAS ABUSIVAS. NULIDADE. O Ministério Público encontra-se legitimado constitucionalmente à propositura de ação civil pública visando à declaração de nulidade de cláusulas contratuais existentes em contratos bancários de adesão (direitos coletivos), bem como a sua exclusão dos contratos futuros (direitos difusos). O fato de o objeto do pedido poder surtir reflexos nos direitos individuais homogêneos não traduz a sua ilegitimidade, porquanto, mesmo que deles fosse tratado por presente interesse social compatível com as finalidades da instituição, não haveria falar em carência de ação. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos entre os clientes (consumidores) e as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional em face do que dispõe o seu artigo 3º, § 2º. São abusivas e merecem nulificadas as cláusulas contratuais que autorizem a instituição financeira a modificar unilateralmente o conteúdo dos contratos após a sua celebração, assim como aquelas que permitam impossibilitar a não-liquidação antecipada do débito. Sendo oportunizado o prévio conhecimento das cláusulas gerais da contratação, satisfeito está o requisito legal, com o que, do fato de elas não constarem do instrumento de contratação que apenas traz remissão ao local em que podem ser obtidas não traduz abusividade à luz do Código de Defesa do Consumidor. À unanimidade, rejeitaram as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse em agir e, no mérito, deram parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 596149740, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 12/09/2005).

Sendo assim, a relação contratual entre bancos e clientes deve ser pautada pela boa-fé, de modo que, os contratos devem ser estipulados de forma equilibrada, caso contrário dever-se-ão submeterem-se a força da lei.



## 4.2 DEFESA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS NAS RELAÇÕES COM OS BANCOS:

Diante da evidência de práticas abusivas cometidas pelos Bancos em suas relações com seus clientes, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor assegura a atuação oficiosa dos juízes.

Sobre o pronunciamento de ofício do juiz podemos remeter ao artigo 168, parágrafo único do Código Civil, onde o legislador trata da necessidade do pronunciamento *ex officio* magistrado toda vez que observar nulidades em negócios jurídicos, não podendo supri-las mesmo a requerimento das partes.

NELSON NERY JUNIOR (2004, p. 693):

Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. (...) Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor. (...) Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado.

O fundamento para o pronunciamento *ex officio* está no fato de garantir uma maior proteção ao consumidor que é a parte mais fraca da relação, sendo este muitas vezes hipossuficiente, reconhecendo assim a política nacional que rege as relações de consumo conforme o artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor perfaz a ferramenta adequada para proteger o consumidor das abusividades dos contratos. No artigo 51 do referido código, verifica-se as cláusulas abusivas, as quais ensejam a nulidade absoluta, ou seja, não podem ser sanadas. Contudo, este rol não é taxativo, e sim exemplificativo.

O artigo 51, *caput* do Código de Defesa do Consumidor faz referencia a nulidade absoluta, onde as cláusulas abusivas já nascem com um vício insanável, não havendo nenhuma possibilidade de se cogitar que esta venha se tornar válida por algum motivo.

Assim ensina NELSON ABRÃO (2009, p. 497):

A abusividade de cláusulas e os reflexos da onerosidade contratual, sem sombra de dúvida refletem nas operações bancárias, de modo a causar desequilíbrio na relação entre as partes, fazendo com que a instituição financeira se sobreponha ao predicado da legalidade estrita, na obediência ao comando, resvalando na isonomia do padrão que se coaduna com a estipulação entabulada entre os interessados.

Sendo assim, caso este tipo de cláusula seja disposta em um contrato bancário, a mesma não terá efeitos, pelo fato de estar fora do ordenamento jurídico, e por isso pode ser arguida nulidade em qualquer tempo, mesmo sem a suscitação prévia da parte interessada.

No entanto, em maio de 2009, o STJ editou a súmula 381, na qual estabelece: nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

O STJ entendeu que o abuso nas cláusulas dos contratos bancários deve ser provado pela parte interessada e não declarada de ofício pelo juiz, como sustenta o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência da Segunda Seção do STJ firmou entendimento de que a revisão de ofício pelo órgão judiciário de cláusulas abusivas contratuais bancárias, fere o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. O suposto abuso contratual, citado na Súmula, deverá ser suscitado e cabalmente comprovado pela parte interessada.

Portanto, entende-se que para os contratos bancários tem-se uma regra diferente, e assim, quando tal contrato é levado a apreciação do judiciário, o consumidor deverá pedir a revisão de todas as cláusulas que entender abusivas, pois ao magistrado, não é mais permitido reconhecer de ofício a abusividade.

A partir disso, surge um embate entre a divergência estabelecida com a súmula 381 do STJ e o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, estabelece uma contradição entre a súmula e o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, pois a cláusula mesmo estando presente, cabe ao cliente solicitar a nulidade, não sendo mais permitido ao julgador fazê-lo.

Acontece que, o consumidor, por ser uma parte hipossuficiente na relação, nem sempre tem conhecimento de direitos violados, sendo que, na maioria dos casos, acaba tendo seus direitos violados sem que o mesmo possa detectar, por falta de conhecimento específico na área.

Com todo brilhantismo que lhe é peculiar, assim foi o voto do ministro do STJ, Castro Filho no Resp n. 612470-RS (2003/0211681-6), no que tange à revisão de ofício de cláusulas abusivas contratuais:

[...] Diante desse prisma, em razão do interesse social consagrado constitucionalmente, o Código de Defesa do Consumidor foi dotado pelo legislador de princípios de índole peculiar e de natureza pública, tais com o da dimensão coletiva da relação de consumo, o da transparência, o da equidade, o da justiça real, o da repressão eficiente, além de realçar o poder de intervenção estatal. São princípios que mitigam ou até mesmo afastam certos preceitos do Processo Civil ou de outros ramos de direito, para em consonância com os novos valores jurídicos introduzidos pelo constituinte, buscar o estabelecimento de um efetivo equilíbrio nas relações de consumo, munindo o consumidor, parte mais vulnerável nessas relações, de instrumentos apropriados à concretização da justiça individual e coletiva. [...] (STJ, Resp. n.612470/RS, voto Ministro Castro Filho, julgado em 09/03/2006).

Diante disso, o juiz poderá optar ou preferir que um valor constitucional, expresso na lei, solucione o caso concreto, podendo deixar assim de aplicar a lei ou até mesmo o princípio fundamental, sempre que houver um aparente conflito de normas, lançando mão de princípios básicos do direito, capazes de harmonizar o conflito de interesses.

Sobre hipossuficiência do consumidor, os ilustres doutrinadores JÔNATAS MILHOMENS E GERALDO MAGELA ALVES (1994, p. 16 e 24/25), ensinam:

“O consumidor, sabe-se, é vulnerável, carente, hipossuficiente, inferior na relação de consumo, porque não lhe é dado conhecer todo o aparato técnico da produção do bem ou da prestação do serviço, além de que os contratos de consumo normalmente contém cláusulas leoninas ou ininteligíveis a favor do produtor e/ou fornecedor (...) A informação deve ser compatível com a natureza do bem, espelhando claramente as suas especificações, vantagens e desvantagens.”

Outra discussão que vale a pena trazer à tona, diz respeito à constitucionalidade da Súmula, esta se concentra no artigo 5º *caput* e incisos referentes à proteção ao consumidor, princípio da isonomia, direito a amplo acesso a justiça preventiva, constatando-se que a matéria tratada pela referida Súmula está com preceitos constitucionais fundamentais.

É decorrência da segurança jurídica, a não omissão por parte do Poder Judiciário naquilo que diz respeito a sua missão constitucional, sendo uma delas a

efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, todas as normas constitucionais são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Assim sendo, incumbe aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair dos direitos fundamentais a maior eficácia possível, dando aos mesmos efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais.

No entanto, os direitos fundamentais, entre eles a proteção do consumidor, possuem, relativamente às demais normas constitucionais e ao resto do ordenamento jurídico, maior aplicabilidade e eficácia. Negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada seria o mesmo que negar a sua fundamentalidade e abrir espaço para uma insegurança jurídica.

Assim sendo, somente podemos falar em segurança jurídica quando a interpretação e aplicação da lei são adequadas às práticas ou valores sociais vigentes, que são escolhas, preferências de toda coletividade, presentes no espírito da norma constitucional, capazes de garantir a validade das leis, por sua eficácia social.

A declaração de abusividade de uma cláusula abusiva em contrato bancário, sem dúvidas, tornar-se-á eficiente do ponto de vista econômico, pois desestimulará a instituição bancária a manter a referida cláusula em seus contratos, o que redundará em benefício econômico para todas as partes, inclusive ao Banco que terá o número de demandas contra si reduzido em face da retirada de seus contratos de cláusulas abusivas.

Assim, não há razão para o poder Judiciário deixar de cumprir o ordenamento constitucional, já que as normas constitucionais são comandos normativos. O constituinte deixou evidente a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.

O princípio da isonomia é violado flagrantemente quando o conteúdo da Súmula 381 do STJ veda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas estabelecidas com os bancos, no que diz respeito às lesões e abusos contratuais, sem mencionar a violação da mesma isonomia, expressa na proteção e valorização do consumidor.

O enunciado da súmula do STJ confronta o artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988, onde a mesma assegura que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ainda no entendimento do STJ, tal Súmula tem seu fundamento no fato das taxas de juros no Brasil serem reguladas por lei complementares e atos normativos do Conselho Monetário Nacional (CMN), não sendo ilegais e nem mesmo abusivas as taxas de juros estipuladas pelo CMN, por serem as mesmas regulamentadas pela política de juros governamental.

Nesse mesmo sentido, o STJ por meio da Súmula 382 esclarece que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

Diante de seus julgados, tem alguns tribunais brasileiros admitidos em suas decisões, com fundamento na Súmula 381 do STJ, que os índices utilizados nos contratos não violam a legislação vigente e as Resoluções do CMN porque a matéria ainda não foi regulamentada para cada área específica da economia.

Contudo, tal legalidade ainda encontra barreiras por parte da doutrina brasileira, defendendo que a mesma fere a proteção e valorização do consumidor, não podendo deixar de lado a forma como foi editada, na qual soa contrária com o ordenamento jurídico, sendo considerada anomalia para alguns e até mesmo abusiva para outros.

A ilegalidade dessa súmula é tão evidente que o juiz poderá declarar de ofício a nulidade de um contrato de consumo qualquer, não podendo fazer o mesmo, em um contrato bancário.

Cláusulas abusivas, sejam em contratos bancários ou não, são tidas como violadoras dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, conforme farta manifestação doutrinária e jurisprudencial.

Assim sendo, essa é a jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 6º, "E", DA LEI Nº 4.380/64. LIMITAÇÃO DOS JUROS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. ARTS. 1º E 51 DO CDC. 1. A matéria relativa à suposta negativa de vigência ao art. 5º da Medida Provisória 2.179-36 e contrariedade do art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi pré questionada, o que impede o conhecimento do recurso nesse aspecto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabeleceu taxa máxima de juros para o Sistema Financeiro de Habitação, mas, apenas, uma condição para que fosse aplicado o art. 5º do mesmo diploma legal. Precedentes. 3. **Não haverá julgamento extra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais**

**consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC). Precedente. 4. Recurso especial provido em parte.**  
(STJ - Recurso Especial 1013562/SC - 2ª Turma - Rel. CASTRO MEIRA; J: 07/10/2008).

Ainda segundo o Código de Defesa do Consumidor, são nulas as cláusulas abusivas nos contratos bancários que dizem respeito a: eleição de foro, escolha unilateral pelo banco de índice de correção monetária, taxa de juros, vencimento antecipado do contrato em caso de inadimplência, dentre outras, típicas de contratos bancários.

Por fim, deve-se destacar o teor da Súmula 297 do STJ que assegura: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” Tal entendimento já se encontra pacificado no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação de Inconstitucionalidade 2591, que confirmou a expressa previsão legal, contida no artigo 3º, parágrafo 2º do CDC que claramente diz que é objeto de consumo serviços de natureza bancária, financeira e de crédito, dissipando todos os questionamentos encaminhados ao Poder Judiciário relativos à não incidência do CDC aos contratos bancários.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a aplicabilidade da Súmula 381 do STJ desrespeita a constitucionalidade e a legalidade do artigo 51, IV, do CDC, ficando-se, desta forma, a evidência de sua ilegalidade e inconstitucionalidade, devendo ser cancelada ou até mesmo revogada, buscando-se, assim, atingir o equilíbrio nas relações de consumo.

## 5 CONCLUSÃO:

A construção desse trabalho procurou mostrar a inconstitucionalidade da súmula 381 do STJ por ferir direitos e garantias assegurados pelo artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Por meio da pesquisa realizada, foi constatada a disparidade existente na relação jurídica estabelecida entre bancos e consumidores. A fragilidade dos consumidores, decorrente da sua vulnerabilidade frente a, principalmente, contratos de adesão, o expôs ao crivo da abusividade cometida por bancos, quando se elabora de forma unilateral um contrato.

A falta de discussão de suas cláusulas, na maioria das vezes, coloca o aderente a esse tipo de contrato, a abuso de vantagens estabelecido pelos bancos.

É a partir disso, que surge a importância do Código de Defesa do Consumidor na proteção dos direitos dos consumidores frente aos abusos cometidos pelos fornecedores, neste caso, os bancos.

O CDC procura estabelecer a igualdade contratual entre as partes, atuando no controle das cláusulas contratuais. É por meio da atuação estatal que se busca firmar direitos e garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico brasileiro, fazendo prevalecer princípios básicos como o da boa-fé e igualdade contratual.

Recusar que o juiz atue de ofício, quando da verificação de cláusulas abusivas em um contrato de adesão bancário, é ferir preceitos constitucionais fundamentais, é deixar o hipossuficiente da relação, o consumidor, a mercê de abusos contratuais.

É de conhecimento de todos que a falta de informação por parte dos consumidores de seus próprios direitos, é evidente na realidade social do Brasil. Muitos até, não conhecem direitos básicos do consumidor, tornando-se, assim, uma isca para os detentores do poder de direção de um contrato.

Nas lições de Valéria Silva Galdino (2001, p. 94) acerca dos direitos dos consumidores afirma:

O Código de Defesa do Consumidor rompeu com as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova do processo civil (CPC, art. 333, I) quando estabeleceu como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no

processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII).

As cláusulas abusivas são bastante onerosas para o consumidor e vantajosas para os bancos, ferindo-se, assim, direitos básicos do consumidor. Ademais, pode-se enxergar que princípios do direito do consumidor também são feridos como o da boa-fé e igualdade contratual.

O tema em estudo não se exaure por aqui, pois o rol de cláusulas abusivas elencadas pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo e não taxativo, isto é, permitem que outras cláusulas que não estejam elencadas no referido artigo, possam ser consideradas abusivas, ensejando um grande espaço para o legislador interpretar de modo que favoreça a parte mais fraca quando este se depara com esses tipos de contratos.

Sendo assim, impedir que o juiz atue de ofício quando da declaração de nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de adesão bancários, é ferir o direito à proteção de defesa do consumidor por parte do Estado, assegura pelo artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988.

As regras de proteção do consumidor por parte do CDC têm de ser respeitadas. Não pode o STJ impedir que juízes atuem de ofício quando se depararem com cláusulas totalmente em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, deixando que uma relação jurídica estabelecida pelo abuso de poder prevalece.

Permitir a que a súmula 381 do STJ seja aplicada é violar o entendimento da corte suprema, na qual esta súmula confronta com a decisão emanada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.591 a qual reconheceu definitivamente a aplicação do CDC às instituições bancárias.

Mesmo os bancos visando lucros, o mesmo deve atuar com respeito aos seus clientes, não devendo se utilizar do contrato de adesão como um meio de facilidade para praticar condutas abusivas. Essas espécies de contratos, deve sim ser utilizados, para facilitar a agilidade de suas atividades, não para auferir vantagens frente aos seus clientes.

Portanto, os direitos e garantias elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor, devem ser respeitados e que o Judiciário deve criar formas eficazes



que resolver esses litígios, assegurando os direitos das partes hipossuficientes da relação, ou seja, dos consumidores.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. Atual. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: CJF, 2003.

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

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2012.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm) >. Acesso em 04 de março de 2014

BRASIL. *Superior Tribunal Justiça*. Súmula no 381. In: \_\_\_\_\_.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito de comercial: direito de empresa*. v.1 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos Bancários*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I: teoria geral*. 6.ed e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume III: contratos e atos unilaterais*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. (Coleção Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1).

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011  
GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

MATTIETTO, Leonardo. *Função social e relatividade do contrato: um contraste entre princípios*. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 342, abr. 2006.

MILHOMENS, Jônatas de Matos e ALVES, Geraldo Magela. *Manual Prático dos Contratos*. 8 ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contractual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva. 2003.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Cláusulas abusivas nos contratos de adesão*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n.47, nov. 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/708>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALEME, Edson Ricardo; FONTOURA, José augusto. *Direito internacional público e privado: estudos direcionados: perguntas e respostas*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.