



# ASPÉCTOS POLÊMICOS E ATUAIS NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

## CONTROVERSIAL AND CURRENT ASPECTS IN THE APPLICATION OF CONSUMER PROTECTION CODE

Rafaela Moura MARINHO  
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)  
E-mail: rafammoura9@gmail.com  
Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2391-5393>

Marcondes da Silveira FIGUEIREDO JUNIOR  
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)  
E-mail: marcondes@catolicaorione.edu.br  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3318-0285>

570

### RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o enunciado de súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça elaborado em março de 2009, que veda a possibilidade do julgador conhecer de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. O referido enunciado de súmula atinge os contratos bancários sob a égide de proteção do Código de Defesa do Consumidor. Para a realização deste artigo científico foi utilizada a pesquisa bibliográfica, analisando a legislação, doutrina, artigos e jurisprudência referentes ao tema.

**Palavras-chave:** Cláusulas abusivas. Contratos bancários. Enunciado 381 da Súmula do STJ.

### ABSTRACT

The present work intends to analyze the statement of summary 381 of the Superior Court of Justice prepared in March 2009, which prohibits the possibility of the judge knowing ex officio about abusive clauses in bank contracts. The aforementioned summary statement affects banking contracts under the protection of the Consumer Protection Code. To produce this scientific article, bibliographical research was used, analyzing legislation, doctrine, articles and jurisprudence relating to the topic.

**Keywords:** Abusive clauses. Banking contracts. Statement 381 of the STJ Summary.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o enunciado 381 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, publicado em 5 de maio de 2009, com a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (BRASIL, 2009).

As súmulas dos Tribunais Superiores têm papel importante em nosso sistema jurídico, pois são tidas como norte interpretativo para as decisões judiciais, seja, uniformizando a interpretação da legislação federal, contudo não produzindo efeito vinculante, vez que somente o STF poderá aprovar a criação, edição ou até mesmo cancelar súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em decorrência desta realidade, a questão a ser respondida neste trabalho é: quais as consequências da apreciação da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça com relação aos contratos bancários e as disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor, e por qual motivo tal vedação constante no enunciado atinge somente os contratos bancários? Porque o STJ deu esse privilégio aos bancos, mesmo após reconhecer que as instituições financeiras se enquadram nas relações de consumo através do enunciado de súmula 297?

Pretende-se, de modo geral para a realização deste artigo científico através de consulta as legislações, doutrinas, artigos e jurisprudência referentes ao tema. Além disso, justifica-se a escolha do tema pelo grande volume de contratos bancários que envolvem o consumidor, parte dita hipossuficiente, por não deter o conhecimento informacional, técnico e jurídico das instituições financeiras, e também pela grande polêmica trazida pelo enunciado de súmula e dos debates dos operadores do direito acerca de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico.

## DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

O CDC prevê um rol exemplificativo de cláusulas abusivas previstas no art. 51 e dispõe que estas são nulas de pleno direito (BRASIL, 1990). Assim, evidente que as cláusulas abusivas presentes nos contratos já nascem com um vício insanável, seja, sem

efeitos no mundo jurídico, não havendo possibilidade de torná-las válidas, e por isso pode ser arguida sua nulidade em qualquer momento, ainda que sem o requerimento da parte interessada.

Sobre o tema Nunes (2011, p. 712-713) dispõe que:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída da validade e efeito antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *ex tunc*, uma vez que nela se reconhece a nulidade existente desde o fechamento do negócio. E, aliás, dada a característica da nulidade e a contrariedade da cláusula abusiva à Lei n. 8.078, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício. Mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever de o juiz declará-la por ato *ex officio*.

572

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

### **Possibilidade de revisão dos contratos**

Na fase de formação contratual, causas estranhas e alheias à vontade das partes podem tornar o contrato um instrumento excessivamente oneroso para a parte mais vulnerável, o consumidor.

Para tanto, o CDC prevê a possibilidade de modificação e revisão dos contratos. O que ficou acordado entre as partes deve ser baseado no equilíbrio, transparência, lealdade e boa-fé, entre outros princípios e em respeito ao disposto no *caput* do art. 4º e inciso III do CDC (BRASIL, 1990).

Entretanto, quando surgirem causas que desequilibrem o contrato e coloquem o consumidor em situação de inferioridade em relação aos bancos, como as cláusulas abusivas, desproporcionalidade das prestações e causas supervenientes que onerem excessivamente, se fazem necessário a revisão.

Apesar de as cláusulas abusivas serem nulas de pleno direito, a sua declaração de nulidade não invalida todo o instrumento contratual, conforme se depreende do § 2º do art. 51 (BRASIL, 1990). Este § 2º consagra o princípio da conservação, que reza

que o contrato de adesão firmado pelas partes continua tendo efeitos no mundo jurídico, sendo conservado, mesmo após a declaração de nulidade de cláusulas ditas abusivas. O efeito dessa declaração de nulidade é denominado *ex tunc*, ou seja, retroage a origem da situação, tendo em vista que por ser nula, a cláusula nunca produziu efeitos (BRASIL, 1990).

O papel do julgador é examinar o instrumento contratual como um todo, é retirar as cláusulas nulas e integrar o restante delas para restabelecer o equilíbrio contratual. Após todo o procedimento, se o juiz constatar que mesmo com a retirada das cláusulas abusivas o contrato continuar desfavorecendo o consumidor, a solução cabível é a resolução do contrato.

Almeida (2009, p. 177) entende dessa maneira:

Tais causas são ditas contemporâneas ou concomitantes à formação do contrato, porque já existem e contaminam a avença contratual desde o seu nascimento. O contrato já traz em seu conteúdo o germe que pode determinar a modificação por ordem judicial. São dessa natureza as cláusulas abusivas e as prestações desproporcionais.

Almeida (2009, p. 178) complementa afirmando que em face da regra da conservação dos contratos, deve o julgador rever o contrato, integrando o pacto, de modo que este venha a ser implementado, em novas bases, após o reequilíbrio das prestações.

Assim, a nova situação extraordinária muda o contexto em que se celebrou o contrato, de modo que se uma das partes soubesse da possibilidade da ocorrência daquela situação não o teria celebrado. Dessa forma, a alteração do contrato é imprescindível, em respeito ao equilíbrio, à boa-fé, entre outros princípios.

Caso o CDC permitisse que o consumidor rescindisse o contrato, sem sequer tentar o mecanismo da revisão, tal atitude ofenderia o princípio da força obrigatória, fragilizando o instituto do contrato.

Theodoro Júnior (2011, p. 27) entende dessa maneira:

[...] Em nome do princípio da boa-fé, o que se visou foi, antes de tudo, aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações, seja por eliminação das cláusulas abusivas. Somente em último caso, quando a eliminação da cláusula abusiva conduzir a uma total frustração da finalidade contratual, é que a intervenção judicial resultará,

excepcionalmente, na ruptura ou desconstituição de todo o contrato (CDC, art. 51, §2º).

Por fim, é importante ressaltar que a revisão contratual no CDC é medida colocada à disposição do consumidor, podendo ser ou não deferida pelo julgador, que analisará cada caso concreto.

### **Aplicação do Enunciado de Súmula 381 do STJ**

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de súmula 381 em decorrência do Recurso Especial 1.061.530 – RS (200 8/0119992-4). O referido recurso foi interposto pelo Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A em desfavor de Rosemari dos Santos Sanches contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A Relatora do REsp foi a Ministra Nancy Andriahi, o julgamento foi delimitado por cinco questões: juros remuneratórios; configuração da mora; juros moratórios; inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e disposições de ofício. Contudo, para fins de análise do presente trabalho, fez-se necessário discorrer apenas sobre as disposições de ofício.

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

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

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

A sentença reconheceu a abusividade da taxa de juros, que era de 2,5654%, reduzindo-a para 1% ao mês, substituiu a comissão de permanência pelo IGPM e

determinou a capitalização anual dos juros, manteve os demais encargos contratuais e condenou a instituição a pagar as custas processuais e honorários advocatícios.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação interposta pela instituição financeira, afastando, de ofício, a cobrança de certos encargos. Confira-se a ementa do julgado em questão, Apelação Cível 70021397559, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, julgado em 22 de novembro de 2007:

AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. AUTORIZAÇÃO PARA DEPÓSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário. 2. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC. 3. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado. 4. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. Disposição de ofício. 5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária. 6. ENCARGOS MORATÓRIOS 6.1. Juros moratórios. Contemplados no contrato em 1% ao mês e mantidos, vedada a cumulação com juros remuneratórios e multa. 6.2. Multa Contratual. Contemplada no contrato à taxa de 2% e mantida. Deve incidir sobre a parcela efetivamente em atraso e não sobre a totalidade do débito. 6.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a mora debendi, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício. 7. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Após a compensação, e na eventualidade de sobejar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício. 8. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício. 9. TARIFA DE

EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto par a pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os arts. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício. 10. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Além de atender interesse exclusivo do mutuante, essa cláusula contratual contraria o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa de sua finalidade e alcance. Disposição de ofício. 11. CADASTRO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. Discussão da dívida que revela probabilidade, ainda que mínima, de sucesso do devedor. Inveracidade de dados e constrangimento desnecessário vedados no CDC. 12. PROTESTO DO TÍTULO. Na medida em que o devedor possui argumentos que fragilizam o negócio subjacente, podendo ser excluídos juros e taxas consideradas abusivas, o protesto revela-se ato temerário e que somente virá em prejuízo do devedor, sem qualquer repercussão jurídica de monta para o credor. 13. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional. 14. AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITOS. É possível a autorização para depósito de valores que o autor entende devidos, enquanto pende de julgamento ação revisional de cláusulas contratuais. 15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redimensionados. Disposição de ofício. APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

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

Os demais Ministros manifestaram o posicionamento de que o magistrado não pode fazer a revisão de ofício em relação às cláusulas abusivas em contratos bancários. Conforme se verifica do trecho extraído da ementa do acórdão que julgou o Recurso Especial REsp 1061530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22 de outubro de 2008, em comentário:

ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

Curioso observar que foi utilizado como fundamento para a vedação aos magistrados julgar de ofício a abusividade das cláusulas do art. 51 do CDC. Ora, o art. 51 do CDC estabelece que seja nula de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que estabeleçam obrigações abusivas, que



coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Em decorrência do julgamento do referido Recurso Especial, o STJ editou o enunciado 381 que determina que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

### **Argumentos Desfavoráveis ao Enunciado de Súmula**

A Ministra Relatora, Nancy Andrichi, deu provimento ao Recurso Especial Recurso Especial nº 1.061.530 – RS, julgado em 22 de outubro de 2010, no tocante à possibilidade de reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas. Sua justificativa para a permissão da revisão de ofício está presente na seguinte passagem de seu voto:

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

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

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

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

sentido, a Ministra relatou quatro consequências graves, que prejudicam o bom desempenho do Poder Judiciário e ofendem o Código de Defesa do Consumidor.

A primeira consequência relatada diz respeito à valorização da formalidade da norma processual (que exige a formulação de pedido expresso) em detrimento do direito material (nulificação da cláusula abusiva). O impedimento para conhecer a abusividade das cláusulas, mesmo sem a formulação de um pedido expresso, movimentava a máquina judiciária inutilmente, pois outra ação será proposta, contribuindo para a morosidade da prestação jurisdicional.

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

A terceira consequência se refere ao despropósito e a descrença conferidos ao Poder Judiciário, em razão deste se posicionar e julgar de forma divergente no caso de situações idênticas.

A quarta e última consequência apontada pela Ministra é a inutilidade do procedimento aplicável aos recursos repetitivos, previsto naquela ocasião no art. 543C do CPC de 1973, atualmente art. 1.036 do CPC de 2015, causando uma movimentação desnecessária de ações e recursos, o que prejudica a celeridade nos julgamentos.

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

Seguindo o entendimento da Relatora, o Ministro Luís Felipe Salomão proferiu voto-vista, embora tenha utilizado uma fundamentação diferente para defender que o magistrado deve reconhecer a abusividade das cláusulas de ofício.

Nesse sentido, o Ministro admite que a declaração de ofício das cláusulas abusivas pelo julgador é imprescindível quando a relação tiver como parte o consumidor hipossuficiente.

Para corroborar o seu entendimento, o Ministro transcreveu algumas decisões das Turmas pertencentes à Segunda Seção que admitiam a revisão de ofício. Já o Segundo o Ministro, é possível que o juiz reconheça de ofício as cláusulas abusivas. Todavia, o Ministro defende a ideia de que reconhecimento de ofício é medida extrema,

aplicável apenas em casos específicos, em que o consumidor esteja comprovadamente em situação de hipossuficiência.

Para ele, todo consumidor é vulnerável, porém nem todos são hipossuficientes, conforme se extrai de trecho do seu voto:

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou o serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com esse dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitam da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 220).

Em outras palavras, embora o Ministro tenha reconhecido a possibilidade de declaração da abusividade das cláusulas em contratos bancários, estabeleceu que tal medida seria extrema e condicionada à constatação de que no caso concreto o consumidor além de vulnerável é hipossuficiente, dessa forma, o Ministro acompanhou o voto da Ministra Relatora, havendo divergência apenas nos fundamentos utilizados para proferir cada voto.

### **Argumentos favoráveis ao enunciado de súmula**

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

O Ministro Aldir Passarinho Junior argumentou que a ação deve ser julgada nos limites em que foi proposta pela parte, atinente a prestação jurisdicional que foi reclamada, observado os pedidos feitos expressamente na petição inicial.

Colaciona-se abaixo trecho do voto do Ministro, que corrobora esse entendimento:

[...] dizer que o contrato é abusivo, data vênua, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão não tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contencioso que nem foi a pretensão da parte autora (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008).

580

Compartilhando o mesmo entendimento do Ministro Aldir, o Ministro João Otávio Noronha defendeu a questão de que não pode haver a revisão de ofício das cláusulas contratuais nas instâncias ordinárias.

Para tanto, argumentou que o juiz não pode funcionar no processo como defensor de interesses das partes. Para isso, ele cita a criação das Defensorias Públicas, pela Constituição Federal, instituídas para a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, conforme prescreve o art. 134 da CF “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (BRASIL, 1988).

Abaixo segue transcrição de trecho do voto do Ministro João Otávio Noronha:

Sempre entendi que não cabe ao juiz distanciar-se de sua neutralidade na condução do processo; não deve ele advogar no sentido de defender interesse algum no processo. Se lhe é dado examinar amplamente as provas e até tomar a iniciativa de inverter o seu ônus de produção, isso não pode nos levar à conclusão de que o juiz protege o hipossuficiente. Não, o juiz não protege ninguém, é a lei que, na forma por ela taxativamente prevista, protege o hipossuficiente nas relações de consumo, mas nunca o juiz. A este cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos a norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.061.530 – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. Julgado em: 22/10/2008).

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

O Ministro Carlos Fernando Mathias questionou se era mesmo necessária a mudança de um entendimento já sedimentado na Segunda Seção, qual seja a violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatu* (REsp 645902 RS 2005/0027242-8, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJ 22.10.2007 p. 189).

O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* prescreve que o Tribunal só poderá conhecer daquilo que a parte recorreu. Assim, na parte em que não houver impugnação, o Tribunal não pode se manifestar, exceto sobre as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício, mesmo sem a manifestação das partes.

Cumprir fazer uma observação no que diz respeito ao argumento acima exposto. Nele não há congruência, uma vez que o CDC é categorizado como norma de ordem pública (BRASIL, 1990, art. 1º) e, portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que autorizam o juiz a atuar de ofício, seja a exceção de que trata o Ministro é exatamente o caso em questão, cabendo, portanto, o conhecimento de ofício.

Portanto, atualmente, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência, é cabal a plena aplicação do CDC aos contratos bancários, no entanto de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento ex ofício de cláusulas abusivas fere princípio processual quando não há pedido expresso da parte na peça inicial, havendo assim um choque de conflito entre o direito material e o processual.

## CONCLUSÃO

Em decorrência do exposto, pode-se concluir que o enunciado 381 de súmula do STJ representa um contrassenso jurídico, vez que o seu conteúdo é uma afronta à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor.

Tal instituto se colocou no mundo jurídico causando impacto na edição do referido verbete sumular ao vedar os julgadores conhecer de ofício da abusividade das cláusulas do contrato bancário, contrariando assim a Constituição Federal, vez que a súmula do STJ não poderá ter efeito vinculante (BRASIL, 1988, art. 103-A), tão somente

assegura efetivamente a uniformidade à interpretação da legislação federal, fugindo assim de sua característica.

Além disso, podemos dizer que há um conflito entre o direito material e o direito processual, sendo o direito material são bens jurídicos que são titulados por uma pessoa. Já o direito processual é um conjunto de normas e princípios que regulamentam a forma de aplicação do direito material, não podendo de forma alguma sobrepuja-lo. Assim, verifiquei que há um quê de proteção dos bancos em detrimento do consumidor, quando o sistema consagra justamente o contrário.

Finalmente, por todos os argumentos aqui expostos segue a minha sugestão, em razão da vedação do conhecimento de ofício para que à referida súmula por contrariar a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e seus princípios e toda a lógica equânime do sistema jurídico, deve o multimencionado enunciado ser cancelado.

## REFERÊNCIAS

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

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoé. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.061.530 – RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 out. 2008. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 645902 RS 2005/0027242-8**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 22 out. 2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: Acesso em: 10 ago. 2023.

Rafaela Moura MARINHO; Marcondes da Silveira FIGUEIREDO JUNIOR. ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. 2023. FLUXO CONTÍNUO – MÊS DE OUTUBRO. Ed. 46. VOL. 03. Págs. 570-583. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculadefacit.edu.br>. E-mail: [jnt@faculadefacit.edu.br](mailto:jnt@faculadefacit.edu.br).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 381**. Brasília, DF, 05 maio 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. d. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70021397559**. Décima Quarta Câmara Cível, Relator: Dorval Bráulio Marques. 22 nov. 2007. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 12 ago. 2023.

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