

A (I)LEGALIDADE DA SÚMULA 381 DO STJ¹

Antonio Edson Dias Rodrigues da Silva²

João Fabrício Alves Cardoso³

Marcelo Carmelengo Barboza⁴

Resumo: O presente artigo tem o condão de trazer para a seara jurídica alguns apontamentos sobre a legalidade da súmula nº 381 do STJ que é objeto de grande discussão no mundo jurídico e acadêmico por supostamente violar a proteção do consumidor, uma vez que as normas elencadas no Código de Defesa do Consumidor é de ordem pública e interesse social, sendo assim o direito do consumidor deve ser reconhecido de ofício pelo Magistrado, entretanto, a Súmula veda o reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas em contratos bancários, ou seja, acaba que mitigando o teor do art. 51 do CDC que aduz ser as cláusulas abusivas nulas de pleno direito. Para que chegamos à finalidade do presente artigo analisaremos alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça e os seus fundamentos que os levaram a esta mitigação e conseqüentemente a mitigação do CDC em razão do que está expresso no Código de Processo Civil Brasileiro em seu art. 1.013 do CPC/2015 (art. 515, CPC/73) que foi o primordial fundamento da tese firmada na Segunda Seção do STJ.

Palavras-chave: Direito do consumidor. CDC. Mitigação. Código de Processo Civil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 381 do STJ.

Abstract: This article has the ability to bring to the legal area some notes on the legality of the STJ Precedent No. 381 which is the subject of great discussion in the legal and academic world for allegedly violating consumer protection, since the rules listed in the Code Consumer Protection is of public order and social interest, so the right of the consumer must be recognized by the Magistrate as official, however, the Precedent prohibits the acknowledgment of craft of the abuse of clauses in bank contracts, ie ends up mitigating the content of art. 51 of the CDC which states that the abusive clauses are void in their own right. In order to reach the purpose of this article we will analyze some precedents of the Superior Court of Justice and their grounds that led them to this mitigation and consequently the CDC mitigation due to what is expressed in the Brazilian Code of Civil Procedure in its art. 1,013 of CPC / 2015 (art. 515, CPC / 73) which was the primordial foundation of the thesis established in the Second Section of the STJ.

Keywords: Consumer law. CDC. Mitigation. Code of Civil Procedure. Superior Justice Tribunal. Precedent No. 381 of the STJ.

Data de aprovação: 28 de Novembro de 2019.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR. Ano 2019.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, cursando o 10º Período.

³ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, cursando o 10º Período.

⁴ Professor e Coordenador do Curso de direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, Advogado OAB/PA 7625-A, Mestre em Ciência e Meio Ambiente – UFPA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo primordial uma análise sobre a legalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que foi editada aos dias 28 de abril de 2009 pelo tribunal dito alhures, consubstanciada através de vários precedentes já existentes em seus julgados, ficando então impossibilitado o reconhecimento *ex officio* das cláusulas tidas como abusivas em contratos bancários. Com este novo posicionamento pacificado, o Tribunal acabou que gerando desde a época da edição da súmula, até os dias atuais uma grande discussão no campo jurídico acerca da legalidade de tal súmula, haja vista o recente reconhecimento da aplicabilidade do CDC às instituições bancárias pelo Supremo Tribunal Federal através da ADI nº 2.591.

Com a disseminação dos efeitos jurídicos de tal súmula pelo território brasileiro, fez com que houvesse um grande movimento, que inicialmente procuravam entender o que estava fazendo o Tribunal, se ele ao editar a súmula 381, estaria afrontando diretamente os preceitos fundamentais elencados no artigo 5º XXXII da Constituição Federal de 1998 que traz como um dos primórdios da república a proteção ao consumidor, bem como a ideologia trazida pelo Código de defesa do consumidor em seu artigo 1º que aduz ser as normas da seara do direito do consumidor, normas de ordem pública⁵ e interesse social.(BRASIL, 1988) ⁶

O próprio Código de Defesa e Proteção do Consumidor é categórico na sua sistemática que é voltada estritamente a proteção do consumidor, e em seu artigo 51, possibilita o reconhecimento de cláusulas abusivas de ofício pelo Juiz, uma vez que estas são nulas de pleno direito.

Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça ao editar a súmula sob comento, diante de um viés egocêntrico do CDC tomado pelo mundo acadêmico e jurídico,

⁵ Normas de Ordem Pública são aquelas inafastáveis, ou seja, de aplicação obrigatória, não sendo possível a sua derrogação por vontade das partes.

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acessado em 15 de set. 2019.

aparentemente nos leva a crer na existência de uma grande afronta a tal dispositivo legal, entretanto o presente artigo tem o objetivo de demonstrar a legalidade da súmula 381 do STJ, baseado nos próprios precedentes deste Tribunal, para que só assim consigamos entender que na verdade o Tribunal não afrontou o texto constitucional e tampouco a CDC.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUAS CARACTERÍSTICAS

Podemos elencar três características primordiais do Código de Defesa do Consumidor, sendo tal dispositivo uma lei principiológica, suas normas são de ordem pública e interesse social e por fim, o CDC é considerado um microssistema multidisciplinar.

Para Felipe Bolzan (2014, p. 38)⁷, trata-se de uma lei principiológica, por esta ser constituída de uma série de princípios que possuem como objetivo prefacial a conferência de direitos ao consumidor, uma vez que este, assim como numa relação jurídica de trabalho o trabalhador é a parte mais frágil da relação, aqui na relação jurídica de consumo o consumidor é reconhecido como a parte mais vulnerável e hipossuficiente, sendo estas duas características, dois dos mais importantes princípios do CDC.

Seguindo esta mesma linha leciona Felipe Peixoto Braga Netto:

São frequentes, no CDC, as chamadas normas principiológicas, isto é, normas que veiculam valores, estabelecem fins a serem alcançados. Aliás, o direito atual se caracteriza por utilizar, cada vez mais, conceitos abertos (também chamados de conceitos jurídicos indeterminados) e normas com conteúdo semântico flexível, (NETTO, 2012, p. 45)⁸

A Constituição Republicana de 1988 tratou de alçar esta proteção ao consumidor, em razão deste ser a parte mais frágil da relação de consumo, a patamar constitucional, em dois momentos o Constituinte cita a necessidade/obrigação do Estado em promover esta proteção, sendo uma no artigo 5º, XXVII e outra no artigo 170, V, ambos da CF/88, por isso as normas aduzidas no CDC são normas de Ordem

⁷ Bolzan, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*®. Saraiva Educação SA, 2014.p.38.

⁸ NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 2012. p.45.

Pública e Interesse Social.

Diante dessa proteção constitucional, o próprio CDC em seu artigo 1º prevê que as normas por ele trazidas são de ordem pública e interesse social. Nesta mesma linha, três são as consequências que tal característica pode trazer no tocante a sua abrangência, a primeira é que as decisões decorrentes das relações de consumo não se limitam às partes litigantes; a segunda é que as partes não podem derrogar o direito do consumidor e a terceira e última consequência é que o Juiz poderá reconhecer de ofício os direitos do consumidor, (BOLZAN, 2014, p. 39)⁹.

Seguindo este mesmo marco, em relação ao CDC ser norma de ordem pública e interesse social, assevera o doutrinador Felipe Peixoto Braga Netto:

A expressão significa que estamos diante de normas cogentes, isto é, normas que não toleram renúncia. Normas em relação às quais são inválidos eventuais contratos ou acordos que busquem afastar sua incidência. De igual modo, o juiz está autorizado a conhecer das normas do CDC de ofício, sem que seja necessária provocação das partes, (NETTO, 2012, p.36).¹⁰

Por fim, trata-se do CDC um microssistema multidisciplinar, tendo em vista que o dispositivo abriga em seu conteúdo diversas disciplinas jurídicas, com o objetivo de sempre tutelar o consumidor, que é a parte mais vulnerável da relação de consumo. Isto porque o CDC abriga normas de direito constitucional, direito civil, direito de processo civil, direito civil coletivo, direito administrativo e direito penal, sendo que cada norma tem a sua particularidade dentro da sistemática do CDC, (BOLZAN, 2014, p.41)¹¹

Na mesma linha de raciocínio, disciplina NETTO:

Os diploma legais referidos continuam a existir, naturalmente. Porém, ao lado deles existem, de modo cada vez mais numeroso, leis que não obedecem a essa severa divisão temática. Leis que incluem, em um único diploma, várias disciplinas jurídicas - civil, penal, administrativo, processo civil, entre outras. São os chamados microssistemas legislativos, (NETTO, 2012, p. 35.)¹²

⁹ BOLZAN, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*®. Saraiva Educação SA, 2014.p.39.

¹⁰ NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 2012. P.36.

¹¹ BOLZAN, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*®. Saraiva Educação SA, 2014.p.41.

¹² NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 2012. P.35.

Por anos a disciplina Jurídica teria sido monotemática, ou seja, para cada matéria, deveria existir um código específico, como por exemplo, o direito civil que tem o código civil que trata apenas de matérias desta natureza, e assim por diante, não existindo, normas de matérias diferentes numa mesma lei, (NETTO, 2012, p.35.)¹³

O CDC trouxe esta inovação jurídica, de poder contar, em um único dispositivo, matérias de vários ramos do direito, entretanto, não só o CDC é um microssistema multidisciplinar, hoje contamos com vários dispositivos legais que têm estas características, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, O Código Tributário, etc.

3 OS SERVIÇOS BANCÁRIOS E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DO CDC

Desde o projeto de elaboração do CDC que se discute a sua incidência ou não às instituições bancárias. Foram várias ações que visavam a sua inaplicabilidade nas relações entre as instituições bancárias e os clientes.

Segundo Bruno Miragem (2010, p.106, citado por BOLZAM 2014, p.127)¹⁴ à época discutia-se se os correntistas ou investidores que para tais fins realizassem contratos bancários, poderiam ser considerados consumidores, uma vez que os correntistas não se enquadravam como destinatário final, haja vista que o mesmo ao realizar um depósito ou investimento numa caderneta de poupança não estaria figurando como destinatário final, pois os valores estariam apenas sob guarda das instituições bancárias e que futuramente iriam retornar aos depositantes,

Entretanto, esta polêmica chegou até as instâncias superiores, sendo que em 2002 o STJ em um julgamento do Recurso Especial 106.888 firmou o entendimento no sentido de ser aplicável as normas do CDC nos contratos bancários firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança. O tribunal entendeu que existia relação de consumo, estando presentes os requisitos que deixam caracterizada tal relação, uma vez que existe remuneração, habitualidade

¹³ NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 2012. P.35.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor.2010 in: BOLZAN, Fabrício. *Direito do consumidor esquematizado*®. Saraiva Educação SA, 2014.p.127.

na prestação de serviços, por serem vulneráveis aqueles que tomam o serviço. (STJ, 2002)¹⁵. De tantas vezes que houve a apreciação de recursos onde a discussão tinha este mesmo condão, o STJ, em 2004 acabou editando a Súmula 297, que na íntegra reconhece a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras.

Após a pacificação do entendimento, dito alhures, as Instituições financeiras, totalmente inconformadas, através da Confederação Nacional de do Sistema Financeiro, levou a matéria para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através de uma ADI¹⁶. A ADI nº 2.591 foi julgada pelo STF improcedente. Esta ação tinha como pretensão o afastamento das normas do CDC as cadernetas de poupanças, os contratos de mútuo, os depósitos bancários, entre outras por entenderem que o CDC estaria regulamentando o sistema financeiro, indo em desencontro com o artigo 192 da CF/88 que estabelece que o Sistema Financeiro será regulado por leis complementares. Entretanto o STF por maioria entendeu que não deveria ser declarado inconstitucionais os artigos 2º e 3º do CDC na parte que os mesmos incluem os serviços bancários para a incidência do CDC, uma vez que o mesmo não estaria regulando o sistema financeiro, mas sim, garantindo a proteção dos consumidores em face as possíveis abusividades, não gerando assim um afronto à Constituição Federal. (STF, 2006).¹⁷

Sendo assim, continuou persistindo o entendimento da aplicação do código de defesa do consumidor face às instituições bancárias.

4 OS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SEUS EFEITOS NA EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 381 DO STJ

Como dito anteriormente, a Súmula 381 do STJ, ao ser editada foi vista com espanto pela comunidade jurídica, uma vez que em um curto intervalo de tempo, o

¹⁵ STJ. (05 de 08 de 2002). *RECURSO ESPECIAL: REsp 106.888 - PR (1996/000056344-6)*. Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA. DJ: 05/08/2002. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso: 06 de nov. 2019.

¹⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade é a ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal.

¹⁷ STF. (07 de 06 de 2006). *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 2.591 - 1 Distrito Federal*. Relator: Ministro Eros Grau. DJE: 07/06/2006. Disponível em Supremo Tribunal Federal: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>. Acesso: 24 de out. 2019.

Tribunal toma um posicionamento que através de uma vertente objetiva dá a entender como uma forma de proteção aos bancos, pois segundo a súmula supramencionada, fica o julgador impossibilitado de reconhecer *ex officio* ¹⁸ a abusividade de cláusulas em contratos bancários.

Mas ao analisarmos o que realmente pretende o Tribunal, bem como os fundamentos e os precedentes¹⁹ ensejadores de tal verbete, poderemos reconhecer que tal instituto foge da seara da ilegalidade ora tão discutida ultimamente pela doutrina e operadores do direito.

Com a edição da súmula não houve por si só um ataque direto à sistemática do CDC, por este ser norma de ordem pública, uma vez que se trata de uma Lei Ordinária, ou seja, Lei de natureza jurídica que vincula-se ao direito material, já o Código de Processo Civil, é atinente às normas de direito processual. Ambos os ramos do direito estão estritamente ligados às normas de ordem pública de direito material e de direito processual, onde as normas de ordem pública de direito material não podem alterar as normas de ordem pública de direito processual.

Muito embora o Código Defesa do Consumidor tenha a característica de Ordem Pública, trazendo em seu art. 51, IV a obrigatoriedade do reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas pelo julgador, nos contratos onde ostenta relação de consumo, esta regra não pode ser aplicável de tal forma. Uma vez que trata-se de interesse privativamente de direito de natureza patrimonial, onde existe onerosidade, trazendo assim a possibilidade de renúncia por seus titulares.

Neste sentido cabe destacar o seguinte julgado do STJ, *in verbis*.

Na realidade, o entendimento mais recente desta egrégia Corte é no sentido da impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada (ut REsp 612.470/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 30.06.2006). Assinala-se, ainda, que, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringirá aos limites dessa impugnação.

¹⁸ Dever do Estado-Juiz de reconhecer direitos fundamentais sem a necessidade de provocação das partes num lide.

¹⁹ Em sentido lato, é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Afere-se, na espécie, ter o Órgão prolator da decisão recorrida proferido julgamento extra petita, porquanto enfrentou questões atinentes a direito patrimonial, que não constituíram objeto de insurgência. Dessa forma, devem ser afastadas as disposições ex officio do v. acórdão recorrido acerca da limitação da multa moratória em 2% sobre o valor da parcela em atraso, do afastamento da mora e seus consectários, da nulidade da cobrança das tarifas e das taxas de abertura de crédito, e da possibilidade de repetição do indébito. (REsp nº 1.042.903, relator Ministro Massami Uyeda, DJ 20.06.2008).²⁰ (grifei).

Para que se pudesse chegar a tal entendimento, o Tribunal também levou em consideração norma de ordem pública de natureza processual, que são aquelas atinentes aos pressupostos processuais e bem como os seus princípios ora exacerbados no Código de Processo Civil, deixando de aplicar assim a norma do CDC, uma vez que esta viola expressamente a norma do CPC, que é norma processual geral, em especial o princípio “*Tantum Devolutum Quantum Appellatum*”.

Para Nelson Nery, o Tribunal deve ater-se apenas as matérias por ora impugnadas na via recursal, haja vista que o consoante do artigo 1.013 do CPC/2015 aduz que a apelação devolverá ao Tribunal apenas as matérias ora impugnadas, fazendo assim, menção ao efeito devolutivo em sua proporcionalidade (*Tantum Devolutum Quantum Appellatum*). (NERY JR., 1997, p.36)²¹

Neste sentido mesmo sendo o CDC norma de ordem pública esta possui limites na seara do direito processual civil, muito embora há existência de decisões favoráveis ao reconhecimento *ex officio* de cláusulas abusivas em contratos, a jurisprudência já se encontrava cristalina de que tal possibilidade era uma grave ofensa ao artigo 515 do CPC/1973, hoje elencado no artigo 1.013 do CPC/2015, que trata do Princípio *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*. Assim, não se tratando de matéria relacionada às condições da ação, as matérias que não tenham sido objeto de impugnação da apelação não pode ser reconhecida de ofício pelo Julgador, pois não se tratam de matérias que podem ser reconhecidas de ofício pelo julgador, devendo ser observada as de ordem pública da seara processualista e as matérias de ordem pública examináveis de ofício. Nesta mesma esteira foram julgados os

²⁰STJ. (20 de 06 de 2008). *RECURSO ESPECIAL : REsp. nº 1.042.903 - RS (2008/0065702-7)*. Relator Minsitro Massami Uyeda. DJe: 20/06/2008.p. 2-3. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3938801&num_registro=200800657027&data=20080620&tipo=91&formato=PDF. Acesso: 18 de out. de 2019.

²¹ NERY JÚNIOR, N. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo: RT. 1997. P.36.

Recursos Especias nº 258.426-RS (DJ 20.08.2001) e 726.517-RS (31.03.2015), ambos de relatoria do Eminent Min. Carlos Alberto Menezes Direito.(STJ,2006).²²

Sendo assim, há evidente afronta ao Código de Processo Civil, em especial o artigo 1.013 e diante de tal afronta, não pode o julgador reconhecer a abusividade das cláusulas contratuais *ex officio*, pois a matéria do CDC apesar de ser de ordem pública, mas estas têm seus limites, principalmente quando se trata de matérias de natureza de direito patrimonial. Sob este viés que o STJ acabou editando a súmula nº 381, mitigando a regra do CDC e vedando assim o reconhecimento de Ofício da abusividade das clausulas em contratos bancários.

Mas isto não quer dizer por sí só que não haverá o reconhecimento da abusividade das clausulas contratuais em contratos bancários, por mais que seja vedado o reconhecimento *ex officio*, a abusividade deve ser demonstrada em cada caso e em suas particularidades, ou seja, deve a parte recorrente insurgir-se e demonstrar a ilegalidade ou abusividade de cada clausula.

Neste sentido já pronunciou-se o STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. - Descaracterização do contrato. Incidência do verbete n. 293 da Súmula/STJ. - Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio "tantum devolutum quantum appellatum." Precedentes. - Não estando as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período (REsp's ns. 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS). - Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese. - Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."(STJ, 2006)²³

²² STJ. (20 de 02 de 2006). *RECURSO ESPECIAL : REsp. nº 541.153-RS 2003/0073220-8. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. (DJ 20.02.2006)*. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1789818&num_registro=200300732208&data=20050914&tipo=51&formato=PDF. Acesso: 13 de out. 2019.

²³

STJ. (20 de 02 de 2006). *RECURSO ESPECIAL : REsp. nº 541.153-RS 2003/0073220-8. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. (DJ 20.02.2006)*. Disponível em Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1789818&num_registro=200300732208&data=20050914&tipo=51&formato=PDF. Acesso:13 de out. de 2019.

Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade do verbete da súmula nº 381 do STJ, pois tal instrumento nada mais é que uma pacificação da jurisprudência da Corte Superior, em consonância com seus precedentes já exacerbados anteriormente.

5 A MITIGAÇÃO DO CDC EM FACE DAS NORMAS PROCESSUAIS COMUM E A LEGALIDADE DA SÚMULA Nº 381 DO STJ

Através da análise dos precedentes da Segunda Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, REsp's 541.153 - RS (DJ 20.02.2002), 258.426 – RS (DJ 20.08.2001) e 726.517 – RS (DJ 31.03.2005), podemos perceber que houve uma mitigação em relação à aplicação do CDC, em determinados casos, como exemplo a mitigação do CDC em face de sua aplicabilidade aos contratos, em especial aos bancários, onde existe a vedação trazida pela Súmula nº 381 do STJ do reconhecimento de ofício da abusividade das cláusulas contratuais em contratos bancários.

No caso, os Ministros em todos os julgados, por hora, aqui citados, foram uníssomos ao enfatizarem que o reconhecimento da abusividade das cláusulas abusivas em contratos bancários de ofício pelo Magistrado, estaria ferindo o sistema processual comum em seu artigo 515 CPC/1973 (equivalente ao art.1.013 CPC/2015), que afere que somente as matérias impugnadas pelas partes podem ser analisadas pelo Tribunal, tratando-se do princípio processual *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, que também é matéria de ordem pública, mas neste caso não se trata de direito material e sim de direito processual aos quais o juiz vincula-se.

Mas levando a dinâmica da Súmula para um viés social, inevitavelmente percebemos que se trata de um mecanismo totalmente funcional e administrativo com respaldo legal no artigo 1.013 do CPC/2015. Trata-se de um mecanismo jurídico funcional e administrativo porque visa auxiliar numa precisão e celeridade na prestação jurisdicional, que hoje é um dos grandes problemas enfrentados pelos Tribunais.

Levar ao Juiz o conhecimento da abusividade de determinadas cláusulas acarretaria numa otimização, diga-se de passagem, da prestação jurisdicional do Estado, pois este apenas apreciará a matéria de insurgência. Já se considerarmos as normas do CDC, o Juiz estaria obrigado a reconhecer as cláusulas abusivas de ofício, ou seja, isso significa que cada magistrado deveria analisar cláusula por cláusula de contratos bancários, o que poderia gerar uma estagnação do Poder Judiciário, que perderia muito tempo analisando o contrato como um todo e acabaria fomentando uma maior morosidade processual enfrentada por quem procura a tutela jurisdicional.

Então o teor do artigo 51 do CDC, que aduz ser as cláusulas abusivas nulas de pleno direito, tem que ser visto como um desestímulo a prestação jurisdicional com qualidade e de forma célere, pois força o Magistrado analisar cláusula por cláusula dos contratos de consumo, e como sabemos estes são constituídos de uma abundância de cláusulas, atrasando assim a prestação jurisdicional.

Neste cerne, quando o STJ firmou o entendimento da impossibilidade do reconhecimento de ofício da abusividade das cláusulas em contratos bancários, ele acabou que fazendo uma espécie de prevenção ao evento da morosidade processual, bem como também reconheceu a ofensa ao princípio *Tantum Devolutum Quantum Appellatum* elencado no artigo 1.013 do CPC/2015.

Por outro lado, ao fixar este entendimento, O STJ possibilitou que a abusividade das cláusulas devem ser demonstradas caso a caso, ou seja, a parte deve insurgir face as cláusulas que entender ser abusiva e não deixar que o Julgador analise todo o contrato na procura das chamadas cláusulas abusivas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como vimos, o presente trabalho foi desenvolvido com o viés de demonstrar a legalidade da súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reconhecimento de ofício da abusividade das cláusulas em contratos bancários, tendo em vista que o CDC é aplicável às instituições bancárias por força do seu artigo 2º e 3º que trouxeram a aplicação do CDC aos bancos.

Vimos na íntegra que o código de defesa do consumidor é considerado norma de ordem pública e interesse social, assim, como é sabido, as matérias de ordem

pública devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador. No tocante ao artigo, referimos especificamente ao que aduz o artigo 51 do CDC, que trata da nulidade de pleno direito das cláusulas tidas como abusivas, devendo o julgador, por se tratar o CDC norma de ordem pública e interesse social reconhecê-las e declará-las nulas de ofício, ou seja, sem a insurgência do consumidor em face destas. Tal possibilidade tinha o condão de proteger o consumidor das abusividades contratuais, haja em vista que este é a parte hipossuficiente e vulnerável de uma relação de consumo.

Mas por outro lado, tal posicionamento acaba que ferindo diretamente preceitos que já existiam até antes mesmo da edição do CDC, qual seja, o Código de Processo Civil, que em seu artigo 515, tratava que a apelação devolveria ao Tribunal o conhecimento apenas das matérias impugnada. Sendo este o principal fundamento que os Ministros do STJ utilizaram para embasar suas várias decisões que traziam este cerne.

Como eram vastos os precedentes do Tribunal neste sentido, houve então a pacificação da jurisprudência em 22 de Abril de 2009, na Segunda Seção de Direito Privado, que então editou a súmula nº 381 do STJ, que acabou mitigando a aplicação do artigo 51 do CDC em face aos contratos bancários, uma vez que o reconhecimento de ofício pelos julgadores de matérias que não foram objetos de insurgência viola expressamente o artigo 515 do CPC/1973 (hoje positivado no artigo 1.013 do CPC/2015), ficando então vedado o reconhecimento de ofício de cláusulas abusivas em contratos bancários pelo Julgador, devendo haver o apontamento da abusividade caso a caso, ou seja, de cláusulas por cláusula.

Portanto, diante deste viés percebemos que a própria súmula em comento, não se trata de uma afronta à sistemática do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, muito pelo contrário, o CDC que viola norma que já existia, ou seja, o Código de Processo Civil. Havendo então a necessidade de mitigar o direito trazido pelo Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 51, mediante os seus impactos na seara processualista que também é matéria de ordem pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acesso em: 15 de set. 2019.

Bolzan, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p.38.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p.39.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p.41.

NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 2012. p.45.

NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 2012. p.36.

NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 2012. p.35

NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 2012. p.35

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2010 in: BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p.127.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 36.

STJ. (05 de 08 de 2002). **Recurso especial**: REsp 106.888 - PR (1996/000056344-6). Relator:

Ministro CESAR ASFOR ROCHA. DJ: 05/08/2002. Superior Tribunal de Justiça: Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 06 de nov. 2019.

STF. (07 de 06 de 2006). **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.591 - 1 Distrito Federal**. Relator: Ministro Eros Grau. DJE: 07/06/2006. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>. Acesso em: 24 de out. 2019.

STJ. (20 de 06 de 2008). **Recurso Especial** : REsp. nº 1.042.903 - RS (2008/0065702-7). Relator Ministro Massami Uyeda. DJE: 20/06/2008.p. 2-3. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3938801&num_registro=200800657027&data=20080620&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 18 de out. de 2019.

STJ. (20 de 02 de 2006). **Recurso Especial** : REsp. nº 541.153-RS 2003/0073220-8. Relator Min.

Cesar Asfor Rocha. (DJ 20.02.2006). Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1789818&num_registro=200300732208&data=20050914&tipo=51&formato=PDF. Acesso: 13 de out. 2019.

STJ. (20 de 02 de 2006). **Recurso Especial** : REsp. nº 541.153-RS 2003/0073220-8. Relator Min.

Cesar Asfor Rocha. (DJ 20.02.2006). Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1789818&num_registro=200300732208&data=20050914&tipo=51&formato=PDF. Acesso: 13 de out. de 2019.

