



DIREITO DO CONSUMIDOR

Cláusulas Abusivas

Parte I

Prof. Francisco Saint Clair Neto

ANALISAREMOS AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ANÁLISE DO ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART. 51 DA LEI 8.078/1990 E SUAS DECORRÊNCIAS COM BASE NOS SEGUINTE LIVROS:

Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único - Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves - 2017

**Código-de-Defesa-do-Consumidor-Comentado-Artigo-por-Artigo-2017-
Leonardo-de-Medeiros-Garcia**

Sintonizado com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, o **art. 51 da Lei 8.078/1990** consagra um rol exemplificativo ou *numerus apertus* de cláusulas abusivas, consideradas como nulas de pleno de direito nos contratos de consumo (nulidade absoluta ou tão somente nulidade). **Esclareça-se que a expressão cláusulas abusivas é mais contemporânea, para substituir o antigo termo cláusulas leoninas, que remonta ao Direito Romano.**

A doutrina consumerista interpreta a expressão "*nulas de pleno direito*" como sinônima de **nulidade absoluta**, não só em razão do art. 166, inciso VII, do Código Civil (aplicação do diálogo de fontes entre o CDC e o Código Civil), mas principalmente em consideração do caráter da tutela instituída no art. 1º do CDC: "*de ordem pública e interesse social*".

Da Invalidade do Negócio Jurídico

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

A natureza meramente exemplificativa, tema praticamente pacífico em sede doutrinária e jurisprudencial em nosso País, fica clara pela redação do *caput* do comando em estudo (“São nulas de pleno direito, *entre outras*, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que...”).

Como bem aponta Cristiano Heineck Schmitt, em trabalho monográfico sobre a matéria, “Todas essas situações exprimem contrariedade à boa-fé, mas o legislador preferiu ser metuculoso, explicitando cada uma delas, as quais servem de auxílio ao juiz, sem limitar a sua atividade, uma vez que esse rol é apenas exemplificativo. A não adequação do caso concreto ao rol do art. 51 do CDC não impedirá a atividade metuculosa do magistrado na análise das cláusulas do instrumento, a fim de comprovar a abusividade ou não de uma ou de todas elas”.

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um *abuso de direito contratual*.

Atenção!

Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, as cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador.

O art. 51 do CDC representa uma das mais importantes **mitigações da força obrigatória da convenção** (*pacta sunt servanda*) na realidade brasileira, o que reduz substancialmente o poder das partes, em situação de profundo intervencionismo ou dirigismo contratual. Antes do estudo das consequências concretas da nulidade, vejamos, pontualmente, as cláusulas que são descritas como nulas pelo preceito legal.

A sentença que decreta a nulidade é desconstitutiva (ou constitutiva negativa) e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da celebração do contrato. Conforme o art. 26, nas ações constitutivas será decadencial quando expresso em lei o prazo para o seu exercício ou será perpétua (imprescritível) para o caso de não haver prazo previsto para o exercício. Assim, como no CDC não há estipulação de prazo para que exerça o direito potestativo de desconstituir os contratos cujas cláusulas são abusivas, concluimos que é perpétua ou imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo (Tartuce).

A sentença que decreta a nulidade é desconstitutiva (ou constitutiva negativa) e produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da celebração do contrato. Conforme o art. 26, nas ações constitutivas será decadencial quando expresso em lei o prazo para o seu exercício ou será perpétua (imprescritível) para o caso de não haver prazo previsto para o exercício. Assim, como no CDC não há estipulação de prazo para que exerça o direito potestativo de desconstituir os contratos cujas cláusulas são abusivas, concluimos que é perpétua ou imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo (Leonardo Garcia).

Observação importante!

O STJ, Rio REsp. 541.153/RS, através da Segunda Seção, pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade da decretação de ofício da nulidade das cláusulas contratuais abusivas. Ou seja, em grau recursal, o Tribunal de Justiça Estadual ficará impedido de afastar a cláusula abusiva (mesmo as que o próprio STJ já reconheceu como abusivas), caso a parte (consumidor) não a argua.

HRECURSO ESPECIAL AÇÃO REVISIONAL CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFFCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL- Descaracterização do contrato. Incidência do verbete no 293 da Súmula/STJ.- **Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade**, por ofensa ao art. 575 do CPC. Princípio "*tantum devolutum quantum appefattum*." 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 (STJ, Resp. no• 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS).- Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese.- Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido"(STJ, Resp. 541153/RS; Min. Rei. César Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 14/09/2005).

A hipótese se tratava de ação revisional de contrato bancário, na qual o TJRS apreciando recurso de apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença de ofício para declarar a nulidade das cláusulas abusivas, que não haviam sido afastadas pelo juiz de primeiro grau. A instituição financeira argumentou em seu recurso que, assim procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado o recurso reformando-o para piorar a situação do banco recorrente.

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Assim, o STJ vedou também a atuação do juiz de primeiro grau, estancando a dúvida. Em relação a tal posicionamento, foram vencidos a Mina. Nancy Andrighi (relatora deste processo) e o Min. Luís Felipe Salomão. A Orientação no 5 acabou se transformando na Súmula no 381, com o seguinte teor: *"Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."*