

1

DECLARAÇÃO JUDICIAL OFICIOSA DE NULIDADE DE CLÁUSULA ABUSIVA EM CONTRATOS COM CONSUMIDORES NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E BRASILEIRO (*COURT'S POWER TO DETERMINE OF ITS OWN MOTION UNFAIR TERMS IN CONTRACTS WITH CONSUMERS IN EUROPEAN UNION AND BRAZIL*)

Elton Pupo Nogueira¹

RESUMO

Análise da atuação judicial no julgamento de cláusulas abusivas em contratos com consumidores na União Europeia e no Brasil. Na União Europeia, o poder de declarar oficiosamente nulidade de cláusulas abusivas constitui meio adequado para prevenir cláusulas abusivas em contratos com consumidores. No Brasil, prevalece a necessidade de invocação do consumidor para reconhecimento da nulidade de cláusula abusiva.²

¹ Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Versão reduzida de trabalho apresentado perante o CDC – Centro de Direito do Consumo, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2014.

Palavras-chave: Atuação Judicial de Ofício. Cláusulas Abusivas. Contratos com Consumidores.

ABSTRACT

Analysys of Court's power to determine of its own motion unfair terms in consumer contracts in European Union and Brazil. In European Union, national court's power to determine of its own motion whether a term is unfair constitutes a means of preventing unfair terms in contracts concluded with consumers. In Brazil unfair terms to the consumer must be raised in the action for annulment.

Keywords: Court Power to Own Motion Rule. Unfair Terms. Contracts with Consumers.

SUMÁRIO: 1. Reconhecimento oficioso de nulidade de cláusulas abusivas em contratos com consumidores. 1.1. Na União Europeia. 1.2. No Brasil. 2. Conclusão. 3. Referências.

1. RECONHECIMENTO OFICIOSO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS COM CONSUMIDORES

O princípio da defesa do consumidor implica desdobramentos jurídicos em várias outras áreas jurídicas.

Existe interesse público nos contratos entre as empresas e os consumidores individuais, notadamente em virtude das consequências para a economia nacional quando tomados esses contratos em conjunto.

Em matéria de direito do consumidor, a interpretação que protege o consumidor atende a “justa medida” mencionada por Canotilho, pela qual meios e fim devem ser colocados em questão mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Um dos métodos interpretativos das normas legais é o da máxima efetividade da Constituição, também mencionado como da interpretação efetiva, segundo o qual deve ser dado à norma a interpretação que maior eficácia lhe confira.³

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

Atualmente, que se prestigia a coordenação normativa do ordenamento jurídico, notadamente conhecido como “diálogo das fontes”,⁴ é conveniente a aplicação da adequação do fato social perante a norma, de modo que a observação das condutas sociais tenha um específico enquadramento normativo.⁵

E os contratos padronizados e de adesão constituem uma manifestação jurídica da moderna vida econômica e social.⁶ Hodiernamente é cada vez menos utilizado o contrato paritário com cláusulas discutidas e, por razões ligadas à racionalidade econômica, redução de custos e massificação, iniciou-se, então, a contratação padronizada e por adesão.

Esses contratos possuem uma recíproca conexão com o fenômeno das cláusulas abusivas. Esta conexão é levada ainda mais longe por alguns autores, que chegam a enunciar o abuso do poder econômico como um dos objetos dos contratos padronizados e de adesão.⁷ Contudo, não há dúvida que os tempos atuais exigem métodos mais céleres de contratação que impedem a discussão individual de cláusulas de cada contrato a ser celebrado com os consumidores.

1.1 Na União Europeia

A proteção do consumidor encontra fundamento inicial no Tratado da União Europeia.⁸⁻⁹

⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, II, Haia, Kluwer, 1995, p. 60

⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Las normas fundamentales de derecho privado*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 220

⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 339 e segs.

⁷ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 320, nota 658.

⁸ Tratado CE, artigo 3.º: “1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado:

... Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores”.

⁹ Artigo 153.º CE: “1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção

O ordenamento jurídico da União Europeia prevê o princípio da proteção mínima, que permite aos Estados adotar medidas de proteção mais estritas, desde que compatíveis com as regras do Tratado.

Nos termos do artigo 249º, § 3º do Tratado, a directiva vincula o Estado-Membro quanto ao resultado a ser alcançado e deixa às instâncias nacionais a competência quanto à forma e meios de atuação, em atendimento ao princípio da autonomia processual dos Estados-Membros.

De acordo com jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia,¹⁰ na falta de regulamentação comunitária, as vias processuais destinadas à proteção dos direitos que decorrem do direito comunitário dependem da ordem jurídica de cada Estado-Membro desde que não sejam menos favoráveis que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade).

A Diretiva 93/13 sofreu alterações pontuais com a Diretiva 2011/83/UE¹¹ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, baseada no princípio de uma *harmonização plena* das disposições nacionais em *matéria de defesa do consumidor*. A Comissão também deu início a processo legislativo que permitirá que este mecanismo de regulamentação seja aplicado como opção aos contratos de compra e venda transfronteiriços,¹² notadamente aplicável a transações pela internet.

da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

¹⁰ V. Acórdãos de 16.5.2000, Preston, de 19.9.2006, Arcor

¹¹ Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revogou a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 304, p. 64). Nos termos do artigo 28.º, n.º 1, os Estados-Membros devem ter transposto a diretiva para o seu direito nacional até 13 de dezembro de 2013.

¹² Proposta da Comissão de 11 de outubro de 2011 de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda [COM(2011)635 final].

O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, segundo o qual as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, define a *cláusula abusiva* como a cláusula que não tenha sido objeto de negociação e der origem a desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor¹³ e o artigo 4.º, n.º 1, desta diretiva descreve que a abusividade pode ser avaliada em função da natureza dos bens ou serviços e mediante consideração de todas circunstâncias no momento da celebração do contrato ou de outro contrato de que este dependa.¹⁴

Considera-se que a cláusula contratual não foi objeto de negociação quando tiver sido redigida previamente e sem influência do consumidor no seu conteúdo, tal como ocorre notadamente no contrato de adesão.

Quanto aos efeitos do reconhecimento do caráter abusivo de uma cláusula, o artigo 6.º, n.º 1, da mesma Diretiva dispõe a obrigatoriedade dos Estados-Membros preverem a não vinculação do consumidor ao contrato, ou às cláusulas abusivas se o contrato puder subsistir sem elas.¹⁵

O artigo 6.º, n.º 1 da Diretiva 93/13, acima citado, contém disposição imperativa destinada a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações por um equilíbrio real capaz de efetivar a igualdade entre os contratantes.¹⁶

¹³ Artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13: “Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”.

¹⁴ Artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/13: “[...] o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa”.

¹⁵ Artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13: “Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

¹⁶ V. acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ainda não publicado na Coletânea, n.º 40, e de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, ainda não publicado na Coletânea, n.º 20.

Mitcklitz já, acertadamente, evidenciou o problema do reconhecimento da abusividade e efetividade dessa declaração de abusividade ao descrever a decisão da Suprema Corte alemã sobre taxas bancárias declaradas proibidas. Os consumidores deveriam contactar a instituição bancária individualmente para reaver dinheiro que lhes tivesse sido cobrado ilegalmente. Apenas pequena parte dos consumidores exerceram seu direito e, na prática, o banco permaneceu com o lucro de uma cláusula contratual abusiva.¹⁷

Não há dúvida que, *sem a possibilidade de reconhecimento de ofício e execução desse reconhecimento pelos juízes, o consumidor ficará sem meios efetivos de se proteger contra cláusulas abusivas e as empresas se beneficiarão monetariamente, em valores vultosos, de práticas ilegais e abusivas* contrariamente ao que dispõe o Tratado da União Europeia.

A declaração oficiosa de nulidade de cláusula de contrato celebrado com consumidor decorre da interpretação das disposições do Tratado da União Europeia e do artigo 4.º, § 3º, da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, por força do qual os Estados-Membros devem assegurar previsão de medidas adequadas para a proteção dos consumidores.

Disposição inicial consta do artigo 3.º, n.º 1, CE, que define os diferentes domínios de atuação da União Europeia, nos quais se integra, de acordo com a alínea “t” deste artigo, a contribuição para o reforço da defesa dos consumidores.

O Tratado possui título específico dedicado à “defesa dos consumidores” e o artigo 153.º CE, que é *disposição geral de direito*

¹⁷ MICKLITZ, H.-W. Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts. *European Review of Contract Law*. Managing Editor: Grundmann, Stefan, 4/2010, p. 379: “The German Supreme Court declared that certain bank charges violate the unfair terms act and were void. In the aftermath of the judgment, which was filed by a consumer organisation, the question arose as to how it could be ensured that the banks reimburse the costs they had illegally charged to consumers. As German law did not know, and indeed does not yet know, a collective remedy in the field of unfair terms which allows for taking collective action, consumers had to contact their bank individually in order to get the money back. Not surprisingly, only a few of consumers pursued their rights and the bank could in practice keep the profit which resulted from the use of the unfair term.”

comunitário primário relativa à proteção dos consumidores contém, no § 1º, uma disposição geral que *obriga a União Europeia a contribuir para a proteção dos interesses económicos dos consumidores*, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses, a fim de assegurar um elevado nível de defesa destes.

Interpretação sistemática do artigo 153.º CE, dos artigos 3.º CE e 95.º CE, do artigo 38.º da Carta e artigo 4º da Directiva 85/577 *permite ao juiz nacional declarar oficiosamente a nulidade de cláusula abusiva do contrato celebrado*, ainda que o consumidor não tenha alegado a nulidade no processo perante o juiz nacional.

Cabe, porém, verificar que a nulidade do contrato por força do princípio *quod nullum est, nullum producit effectum*, que significa que contrato nulo não produz efeitos, poderá não ser favorável ao consumidor. Nesse ponto, o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13 permite que “o contrato continue a vincular as partes [...] se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”. *O juiz limita-se, portanto, a apreciar oficiosamente se alguma das cláusulas é abusiva e o contrato permanece em vigor se puder subsistir sem estas cláusulas.*

O objetivo do legislador da União no quadro da Directiva 93/13 consistiu em reestabelecer o equilíbrio entre as partes, mantendo, quando possível, a validade do contrato.

A União Europeia exige proteção efetiva dos consumidores, exigência suficiente para justificar a ação oficiosa dos órgãos jurisdicionais, ainda que não se recorra ao argumento da ordem pública na apreciação da cláusula do contrato celebrado com o consumidor.¹⁸

¹⁸ A Espanha, a Bélgica e a França distinguem “nulidade absoluta” e “nulidade relativa”. De outro lado, Áustria e a Alemanha distinguem entre “nulidade” e “anulabilidade” dos contratos. A nulidade absoluta deve ser declarada oficiosamente pelos tribunais e pode ser invocada por qualquer interessado, enquanto que a nulidade relativa deve ser invocada pela parte interessada. A nulidade e a anulabilidade são comparáveis, pois qualquer pessoa pode invocar a nulidade e o juiz deve declará-la oficiosamente.

O direito da União Europeia não impõe expressamente aos órgãos jurisdicionais nacionais a obrigação de conhecerem oficiosamente os direitos que o direito comunitário confere aos particulares, sendo que essa regra geral justifica-se pelo princípio segundo o qual a iniciativa processual compete às partes.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o sistema de proteção implementado pela Diretiva 93/13 tem fundamento na premissa de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao poder de negociação e nível de informação, o que o leva a aderir às cláusulas redigidas previamente, sem influenciar o seu conteúdo.

No processo *Oceano Grupo*,¹⁹ o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que o sistema de proteção implementado pela Diretiva 93/13 admite que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade.

Nos processos *Cofidis*²⁰ e *Rampion*,²¹ o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que *a faculdade reconhecida ao juiz para apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual é necessária para assegurar proteção efetiva do consumidor, nomeadamente tendo em conta a possibilidade de o consumidor ignorar os direitos que lhe assistem ou de ter dificuldade em exercê-los. E, mais importante, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu expressamente que a Diretiva 93/13 se opõe a uma disposição interna que impede o juiz nacional de conhecer oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula de contrato celebrado por consumidor.*

A autonomia dos Estados-Membros não é ilimitada de modo que, em virtude dos princípios da efetividade e equivalência, a legislação nacional não pode tornar o direito do consumidor previsto no direito comunitário em um direito praticamente impossível ou extremamente difícil de ser exercido.²²

¹⁹ Acórdão de 27 de junho de 2000, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores* (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

²⁰ Acórdão de 21 de novembro de 2002, *Cofidis* (C-473/00, Colect., p. I-10875).

²¹ Acórdão de 4 de outubro de 2007, *Rampion e Godard* (C-429/05, Colect., p. I-8017).

²² MICKLITZ, H.-W. *Op. cit.*, p. 358: “However, in the very same judgment, the ECJ made clear that procedural autonomy is not unlimited. Member States have to respect two sets of principles which the ECJ elaborated over time: the principle of effectiveness and the principle of equivalence. The bottom line of the argument is that Member States shall not render the enforcement of EC law ‘virtually impossible’, or ‘excessively difficult’.

Micklitz afirma com propriedade que o consumidor individual tem que ter garantido seu direito subjetivo individual à declaração de abusividade de cláusula contratual por um tribunal competente.²³

No processo Mostaza Claro,²⁴ o Tribunal de Justiça Europeu reafirmou o princípio pelo qual decidiu que a Directiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que o juiz nacional aprecie a nulidade de cláusula de convenção arbitral por ser abusiva, mesmo que o consumidor não tenha invocado essa nulidade.

A obrigatoriedade de o juiz atuar oficiosamente é a única forma de assegurar a proteção efetiva dos consumidores e atendimento a todos os cidadãos com igualdade. A obrigação dos órgãos jurisdicionais de atuar oficiosamente é importante, pois a atuação oficiosa reiterada tem efeito dissuasor e evita multiplicação de processos judiciais.

Os órgãos jurisdicionais têm, portanto, a obrigação, não apenas faculdade, de declarar oficiosamente nulidade de cláusula abusiva de contrato celebrado com consumidor quando identificar cláusulas abusivas, especialmente se algum órgão jurisdicional da União Europeia já tiver se pronunciado nesse sentido em precedente aplicável ao caso a ser decidido pelo órgão jurisdicional.

Ao se referir a julgamento no Reino Unido sobre taxas bancárias, Micklitz afirmou que nos tempos atuais, em que intercâmbio judicial e cooperação entre tribunais nacionais são prioridades acadêmica e política, é incompreensível que a Suprema Corte britânica não tenha feito pesquisa de direito comparado.²⁵

O Tribunal europeu, ao analisar processo de um consumidor que havia na cidade de Salamanca, Espanha,²⁶ após ouvir os governos da Espanha, Áustria, República Checa e a Comissão Europeia, decidiu não ser aplicável a lei espanhola, que exigia a alegação do consumidor sobre abusividade de cláusula do contrato celebrado, dado que o direito espanhol prevê a nulidade relativa do contrato em caso de falta de informação do consumidor. O Tribunal de Justiça da União

²³ MICKLITZ, H.-W. *Op. cit.*, p. 359.

²⁴ acórdão de 26 de Outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I-10421)

²⁵ MICKLITZ, H.-W. *Op. cit.*, p. 365.

²⁶ Eva Martín Martín contra EDP Editores, S.L. pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiência Provincial de Salamanca (Espanha).

Europeia mencionou expressamente *precedentes do próprio Tribunal pelo dever de o magistrado reconhecer oficiosamente nulidade de cláusula abusiva contra os consumidores*.²⁷

As decisões do Tribunal de Justiça Europeu deixam claro que, desde que disponha de elementos de direito e de fato necessários, o juiz é obrigado a apreciar oficiosamente o caráter abusivo de cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, deste modo, pôr fim ao desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional.²⁸

O Tribunal de Justiça desviou-se do princípio da correlação entre a sentença e o pedido da parte (*Beibringungsgrundsatz*) no processo civil,²⁹ para garantir a eficácia da defesa do consumidor desejada pelo legislador da União Europeia. Com efeito, o *ordenamento jurídico da União Europeia dá ao juiz nacional a possibilidade de intervir no processo para defesa do consumidor, ainda que o direito nacional não lhe permita assim proceder*. A competência para atuar é, portanto, retirada diretamente do direito da União Europeia, de modo que as disposições processuais nacionais contrárias não podem ser aplicadas, em atendimento à primazia do direito da União.

²⁷ Acórdão de 27 de junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941), acórdão de 21 de novembro de 2002, Cofidis (C-473/00, Colect., p. I-10875) e acórdão de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Colect., p. I-10421); bem como de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, Colet., p. I-9579, n.º 31).

²⁸ V. acórdãos de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, ainda não publicado na Coletânea, n.º 40, e de 21 de fevereiro de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, ainda não publicado na Coletânea, n.º 20.

²⁹ V., *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione. Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 584. No entender do autor, o juiz nacional, antes de declarar a inoponibilidade da cláusula abusiva, deve perguntar ao consumidor se este pretende manter em vigor. No entender do autor, da solução desenvolvida pelo Tribunal de Justiça resulta um ensinamento que tenta harmonizar o objetivo de proteção do consumidor pretendido pela Diretiva 93/13 com o princípio da manutenção das relações contratuais. V., também, MILANESI, S. Le pronunce Pannon ed Eva Martín Martín sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione. *Giurisprudenza commerciale*, 2010, v. II, p. 805, no entender do autor, este princípio também permite o equilíbrio das forças no processo contraditório.

*O direito da União Europeia, em relação ao direito dos consumidores, requer que o juiz nacional não se limite à faculdade de se pronunciar sobre a natureza abusiva de uma cláusula contratual, mas tenha ciência da obrigação de apreciar oficiosamente essa questão,*³⁰ desde que disponha dos elementos de direito e de fato necessários para tanto.

Não há controvérsia quanto à obrigatoriedade de ser oficiosamente declarada a abusividade de cláusula de competência jurisdicional.³¹

As cláusulas atributivas de jurisdição³² constituem prejuízo considerável para o consumidor, pois o obriga a um tribunal eventualmente muito afastado, o que pode inviabilizar o exercício dos seus direitos, notadamente em virtude de despesas resultantes em um litígio de valor reduzido.

1.2 No Brasil

A Constituição brasileira prevê a defesa dos consumidores no artigo³³ em que estão previstas as garantias e direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe um regime específico de proteção contra cláusulas abusivas para os contratos celebrados com o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor estabelece um rol exemplificativo de cláusulas abusivas.³⁴

O Código de Defesa do Consumidor admite a revisão contratual sob as teorias do abuso do direito, fundada na sua finalidade econômica e social, da boa-fé, da proporcionalidade e da justiça contratual.

³⁰ V. quanto ao controle jurisdicional substantivo das cláusulas contratuais gerais, à luz da boa-fé, BASEDOW, J. Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 210, 2010, p. 172 e segs.

³¹ Com fundamento no artigo 3.º da Diretiva 93/13.

³² No Brasil, nominadas como cláusulas de eleição de foro.

³³ A Constituição brasileira consagrou no seu artigo 5º, inciso XXXII que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. As disposições foram baseadas atendendo à Resolução A/RES/39/248, de 16 de abril de 1985, da Assembleia Geral da Organização Nações Unidas.

³⁴ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Seção II. Das Cláusulas Abusivas, art. 51.

Inicialmente, foi necessário decidir a amplitude do conceito de consumidor. O Superior Tribunal de Justiça chegou a uma controvérsia,³⁵ e em seguida passou a uma posição inicial em que prevaleceu entendimento com conceito abrangente de consumidor.³⁶ A decisão dizia respeito a uma farmácia que foi tida como consumidora em relação a uma operadora de cartões de crédito. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reformulou seu entendimento e passou a adotar teoria mais restrita.³⁷

³⁵ O maximalismo, também conhecido por Escola Jurídica ou Escola Objetiva, pregava a tese da interpretação abrangente das relações de consumo. Essa interpretação “baseia-se no ato de consumo, desconsiderando afetações de caráter subjetivo quanto ao consumidor atuar ou não profissionalmente. A aquisição ou o uso de bens ou serviços para o destinatário final fático caracteriza o liame de consumo, permitindo a incidência das normas protetivas”. Essa linha era adotada na Primeira e na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O minimalismo, conhecido por Escola Econômica ou Subjetiva, adotado pela Quarta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restringia o conceito de consumidor à ideia de destinatário final, desvinculando-o da atividade lucrativa e do repasse de bens no tráfego jurídico.

³⁶ Julgamento do Conflito de Competência 41.056/SP, CC 41056/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.06.2004, DJ 20.09.2004 p. 181:

“Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição.

Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.

³⁷ “COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não

Segundo o STJ, na relação entre a operadora de cartão de crédito e a empresa utilizadora da máquina eletrônica dá-se um vínculo de “consumo intermediário”, ou seja, o sistema de pagamento por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, é forma de incrementar as atividades comerciais e indissociável do objetivo de facilitar a prestação de serviços a seus clientes e ampliar os lucros. O Código de Defesa do Consumidor não visa proteção do empresário, daí inexistente relação de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça, nas ações envolvendo contratos com o consumidor, inicialmente decidiu pela ampla revisibilidade das cláusulas contratuais, independentemente de provocação do consumidor.³⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no mesmo sentido, decidiu expressamente que a nulidade de cláusulas abusivas podem ser reconhecidas oficiosamente por se tratarem de matéria de ordem pública.³⁹

A incidência dos princípios da correlação,⁴⁰ da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) ou da eficácia devolutiva dos recursos (*tantum*

se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.”

(REsp 541.867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10.11.2004, DJ 16.05.2005 p. 227).

³⁸ “Pode o Juiz, de ofício, reconhecer a nulidade de cláusula contratual considerada abusiva, por se tratar, nos termos do CDC, de nulidade de pleno direito” (RESP 503831, decisão, Ministra NANCY ANDRIGHI, 05.06.2003).

³⁹ “APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE - CLÁUSULA ABUSIVA - SENTENÇA *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO SINISTRO. 1- Os Contratos de Seguro, além de serem regidos por normas específicas, também se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor. 2- Em se tratando de matéria de ordem pública, as nulidades das cláusulas contratuais podem ser conhecidas de ofício. 3- A correção monetária, neste caso, tem incidência a partir da ocorrência do sinistro.” (TJMG, AC n. 0702.04.156380-1/001, rel. Des. Cláudia Maia, Décima Terceira Câmara Cível, julgado em 23.11.2006).

⁴⁰ Vide nota 28.

devolutum, quantum appellatum) eram afastados, sob o fundamento de que a abusividade da cláusula possuía caráter de ordem pública: “os precedentes deste STJ, que se firmaram no sentido de que é possível ao juiz reconhecer, de ofício, o caráter abusivo de cláusulas contratuais, anulando-as, por se tratar, nos termos do art. 51, IV, do CDC, de nulidade de pleno direito”.⁴¹

Após, o Superior Tribunal de Justiça, *data venia* equivocadamente, modificou sua jurisprudência, inclusive quanto aos contratos celebrados com consumidores.⁴²⁻⁴³ O Tribunal decidiu que “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.”⁴⁴

⁴¹ REsp 248.155/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *DJU* 7.8.2000; REsp 90162/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, *DJU* 24.6.1996.

⁴² “Em uma notável virada jurisprudencial a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, forte em voto do Sr. Min. ASFOR ROCHA, pacificou a orientação de que é impossível o exame ex officio de disposições contratuais. Ressalvadas as questões puramente processuais, que devem ser conhecidas oficiosamente, o relator mui corretamente preservou a necessidade do respeito à inércia judicial. Com maior causa, o princípio da revisão ex officio, é inaplicável aos contratos submetidos ao direito comum. O caráter paritético das relações cíveis não pode sucumbir à salvaguarda excessiva dos interesses de uma das partes. O pedido certo e o prequestionamento são mecanismos processuais típicos de uma relação isonômica entre os contendentes. O Poder Judiciário não se pode demitir de sua imparcialidade ao fito de proteger um litigante que não é, por lei, tido como vulnerável em face de seu ex adverso.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Op. cit.* p.125).

⁴³ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO DE OFÍCIO DO CONTRATO, PARA ANULAR AS CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA 2ª SEÇÃO. - Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC.” (REsp 702.524/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08.03.2006, *DJ* 09.10.2006, p. 256).

⁴⁴ REsp 933658, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, decisão monocrática, *DJ* de 29.05.2007.

Esse é o entendimento atual do STJ, no sentido de que somente podem ser objeto de revisão judicial as cláusulas contratuais questionadas expressamente pelo consumidor, que deve apontar as abusividades. E, exclusivamente em decorrência da atuação das instituições bancárias, editou a Súmula 381 que dispõe: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

A súmula não faz distinção sobre sua aplicação a contratos com consumidores ou não, de modo que parece ser aplicável a todos contratos bancários indistintamente o que é, sem dúvida, um erro.

As decisões do STJ foram fundadas no Código de Processo Civil, notadamente nos artigos 128, 459 e 460.

Esse entendimento equivocado se dá em virtude de interpretação que não leva em consideração o disposto no artigo 51 do CDC, que prevê que a abusividade das cláusulas contratuais as torna absolutamente nulas, devendo ser declaradas como tais, inclusive de ofício.

O art. 1º é claro ao prever que as normas ali previstas são de ordem pública.

É esse o entendimento de Nelson Nery Júnior⁴⁵ e de Cláudia Lima Marques.⁴⁶

A interpretação do Código de Processo Civil deve ser feita tendo como base interpretativa a Constituição da República, que prevê a proteção do consumidor e ao mesmo tempo sistematicamente com o Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁵ “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.”

NERY JÚNIOR, Nelson 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, p. 693.

⁴⁶ “O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas 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.” *MARQUES, Cláudia Lima et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 561.*

Pode-se considerar, portanto, que as cláusulas abusivas geram nulidades absolutas que ferem a ordem pública, e em interpretação sistemática da legislação aplicável aos contratos celebrados com consumidores, devem ser declaradas nulas de ofício pelo magistrado também consoante previsão do artigo 168, do Código Civil brasileiro de 2002.

Esse entendimento errado do STJ leva ao absurdo de que uma cláusula recorrentemente considerada abusiva em processos judiciais possa continuar a vincular consumidor que não tenha arguido especificamente sua abusividade em um processo judicial próprio.

Neste caso, restaria ao consumidor iniciar mais um processo judicial, pedindo expressamente a declaração de nulidade da cláusula considerada abusiva em outros processos judiciais.

Esse injustificado e irrazoável entendimento afronta o princípio constitucional da razoável duração do processo, pois obriga o consumidor a iniciar um novo processo judicial para esse fim, atrasando a solução da controvérsia e aumentando a quantidade de demandas judiciais. Tal entendimento desconsidera também o princípio constitucional da defesa do consumidor, e potencialmente o princípio constitucional da igualdade.

Não há nem mesmo o efeito dissuasor de cláusulas abusivas, de modo que, na prática, as cláusulas abusivas continuarão trazendo lucros aos estipulantes, em detrimento dos consumidores.

Do mesmo lado, apesar de entendimento inicial em sentido contrário, há alguns anos os tribunais brasileiros consolidaram entendimento de que a cláusula que escolhe o local competente para apreciação judicial do contrato celebrado pode ser reconhecida abusiva oficiosamente.⁴⁷

⁴⁷ “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o

O Tribunal de Justiça da União Europeia também decidiu no mesmo sentido, afirmando que esta obrigação incumbe ao órgão jurisdicional nacional quando aprecia a sua própria competência territorial. Esta jurisprudência consta do acórdão de 9 de novembro de 2010,⁴⁸ ao decidir que “órgão jurisdicional nacional deve, oficiosamente, adotar medidas de instrução, a fim de determinar se uma cláusula atributiva de competência jurisdicional territorial exclusiva constante do contrato objeto do litígio que lhe cabe conhecer, e que foi celebrado entre um profissional e um consumidor, se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, em caso afirmativo, apreciar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo dessa cláusula”.

Não há motivo para tratamento diferenciado entre a cláusula que escolhe o local competente para apreciação judicial do contrato celebrado, cláusula de eleição de foro,⁴⁹ e as demais cláusulas, de modo que qualquer cláusula em contrato celebrado com consumidor pode ser oficiosamente declarada abusiva quando assim o forem.

2. CONCLUSÃO

A interpretação legal feita pela Justiça da Europa e Justiça brasileira estão em caminhos opostos.

No Tribunal de Justiça da União Europeia é pacífico entendimento que o reconhecimento de nulidade de cláusula de contrato celebrado com consumidor é de reconhecimento oficioso, sendo que esse reconhecimento não é apenas faculdade, mas obrigação do juiz nacional quando verificar a abusividade.

Na Justiça brasileira, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento que entendemos equivocado, de que o juiz só pode reconhecer a nulidade de cláusula após provocação expressa do

juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. 2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante.” (CC 48.647/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, DJ 05.12.2005, p. 215).

⁴⁸ Acórdão Pénzügyi (C-137/08, Colet., p. I-10847).

⁴⁹ V. nota 26.

consumidor. Em outras palavras, o juiz nacional não tem nem mesmo a faculdade de declarar nula uma cláusula flagrantemente abusiva sem provocação do consumidor.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MICKLITZ, H.-W. Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts. *European Review of Contract Law*, v. 6, issue 4, p. 347–383, november 2010.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.