

## DECLARAÇÃO EX OFFICIO DA NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, À LUZ DO CPC/15

THE EX OFFICIO DECLARATION OF THE NULLITY IN CONTRACTUAL CLAUSES IN  
ACCORDANCE WITH THE CPC/15

Luiz Rodrigues Wambier<sup>1</sup>

Anselmo Moreira Gonzalez<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca analisar o impacto das alterações promovidas pelo CPC/2015 à Súmula 381/STJ, que proíbe que o juiz conheça de ofício a abusividade de cláusulas dos contratos bancários. O objetivo central será a demonstração de que o fortalecimento do princípio do contraditório com a previsão expressa, na legislação infraconstitucional, da vedação à prolação de decisão surpresa, impondo-se a prévia consulta às partes, ainda que de matéria de ordem pública se trate, não compele a modificação do entendimento sumulado.

**Palavras-chave:** Contratos bancários; Súmula 381/STJ; Novo Código de Processo Civil; Princípio do contraditório; Pronunciamento de ofício.

### ABSTRACT

This article analyzes the impact of the changes promoted by the CPC/2015 to the 381/STJ Summary Statement, which prohibits the courts from making order of its own initiative on cases related to the abusiveness of clauses in bank contracts. The main objective shall be to demonstrate that the strengthening of the adversarial principle under the provision, in infra-constitutional legislation, from the prohibition summary judgement, imposing prior hearing with the parties, even if it is a matter of public order, it does not result on the alteration of the summary statement.

---

<sup>1</sup> Professor no programa de mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor no Instituto de Direito R. F. Bacellar (Curitiba-PR). Membro efetivo da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP). Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira (CARB). Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters). Advogado. Email: [luizwambier@wambier.com.br](mailto:luizwambier@wambier.com.br)

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

**Keywords.** Bank contracts; Summary Statement 381/STJ; New Code of Civil Procedure; Adversarial Principle; Making order of its own initiative.

## 1.O RECURSO REPETITIVO E A SÚMULA 381/STJ

O recurso repetitivo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC nº 45, como ferramenta de pacificação social e preservação da segurança jurídica. Objetiva racionalizar a prestação da tutela jurisdicional para que não haja prolação de decisões diversas para casos versando idêntica questão de direito. Assim, definida a tese sob o rito dos repetitivos, aplica-se esse entendimento a todos os processos, em trâmite ou futuros, em que a mesma matéria for discutida.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os recursos repetitivos ganharam força ainda maior. Nos termos do art. 988, § 5.º, II, da não observância da orientação firmada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em recurso especial repetitivo cabe reclamação, desde que esgotadas as instâncias inferiores. A partir dessa regra, atribui-se ao precedente resultante do julgamento na forma do art. 1.036 do CPC/15 e seguintes *força obrigatória*.

Para tornar essa técnica de julgamento dos recursos um instrumento efetivo para tutela de direitos [e, nessa medida, para pacificação social], o Superior Tribunal de Justiça tem tido intensa e efetiva atuação na afetação de recursos, visando ao estabelecimento de teses jurídicas relevantes para prestação de tutela jurisdicional nas instâncias ordinárias. Até o presente momento, o STJ já afetou para julgamento sob o regime dos repetitivos 975 temas. Somente a Segunda Seção, de cuja atuação no REsp 1.465.832/RS a seguir se tratará, já afetou 205 temas.

Pois bem. Conforme se extrai da decisão de afetação proferida no REsp n.º 1.465.832/RS, intentava-se consolidar o entendimento sobre a “possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais”, sugerindo-se a alteração da redação da Súmula 381/ STJ<sup>3</sup>, por sua suposta inadequação com as novas regras dispostas no CPC/15. Propôs-se a seguinte orientação jurídica: “Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição”.

---

<sup>3</sup>“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (STJ. Súmula 381. Segunda Seção. Julgado em 22.04.2009. *DJe* 24.05.2013. *DJe* 05.05.2009).

Entretanto, durante a sessão de julgamento, em questão de ordem, a maioria dos Ministros decidiu pela desafetação do recurso, por entender que seria melhor aguardar o amadurecimento da tese perante os órgãos fracionários do Tribunal, antes da Segunda Seção vir a deliberá-la, definitivamente, sob o rito do art. 1.036 do CPC/15.

Considerando, pois, que o pretense impasse em torno da Súmula 381/STJ, à luz do CPC/15, não fora objeto de pronunciamento definitivo por parte do C.STJ, permanece em aberto a seguinte questão: teria o CPC/15 introduzido regras para o julgamento de ofício com o condão de revogar a Súmula 381/STJ?

O escopo do presente trabalho é a reflexão sobre a desnecessidade de mudança do entendimento consolidado na Súmula 381/STJ, à luz das normas processuais trazidas para o sistema com o CPC/2015.

## **2.O ART. 10 DO CPC/15**

O dispositivo legal do CPC/15 que mais alterou as regras sobre o julgamento de ofício de questões processuais ou de mérito é, sem sombra de dúvida, o art. 10, que assim dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Como um dos autores deste artigo já ponderou em outra oportunidade<sup>4</sup>, o art. 10 é dos seletos dispositivos que contribuíram muito com o estabelecimento de uma fina sintonia entre as regras processuais e a Constituição Federal, que constitui uma das diretrizes fundamentais do CPC/2015, na medida em que maximizou o princípio constitucional do contraditório e afastou definitivamente do ordenamento jurídico processual a perspectívada figura da *decisão surpresa*, inconciliável com o Estado Constitucional.

Trata-se a *decisão surpresa* daquela que o julgador profere de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que sejam as partes previamente consultadas. Embora não houvesse, na vigência do CPC/73, autorização legislativa para a decisão surpresa – ao contrário, foi sempre criticada e repudiada a prolação de decisões nesses termos por constituírem arbitrariedade -, verificava-se que os magistrados frequentemente a proferiam.

---

<sup>4</sup>WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a lei 13.256/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 41-43.

As alterações inseridas pelo art. 10, portanto, são extraordinariamente vantajosas à concretização do devido processo legal, reconhecendo que, em qualquer hipótese, as partes têm o poder de influenciar a decisão que será proferida e de que pode resultar ameaça aos seus interesses.

Agora, esse redimensionamento do contraditório de forma alguma significa a ampliação do elenco das hipóteses em que o juiz poderá se pronunciar de ofício, tampouco ampliou o poder decisório do magistrado. Muito pelo contrário. Mais adequado seria dizer que o dispositivo impôs maiores restrições ao poder decisório, em benefício do dever de cooperação e do princípio do contraditório.

Se antes do CPC/15, determinadas matérias eram comumente apreciadas sem a prévia audiência das partes, apesar de que essa prática já era desaconselhada naquela sistemática<sup>5</sup>, agora há previsão explícita na legislação infraconstitucional determinando que mesmo o julgamento de ofício exige a anterior outorga às partes de prazo para que se manifestem sobre o ponto a ser decidido.

Embora seja o contraditório uma garantia de sede constitucional – dotada, portanto, de *eficácia plena* – o que fez o legislador do CPC/15 foi aprofundar o sentido que tal princípio sempre teve, dimensionando-o por expresse na legislação infraconstitucional. Anteriormente limitado à simples ideia de *ciência e reação*, o contraditório – aliado ao princípio da cooperação (art. 6.º, CPC) – é ampliado, abarcando também a concessão da oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação da convicção judicial.<sup>6</sup>

Esse *dever de diálogo* entre juiz e partes compreende muito mais do que *ciência e reação*, como dito. Ele obsta que magistrado decida com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado prévio conhecimento às partes, ainda que de matéria de ordem pública se trate.

Com essas considerações em mente, fica clara a equivocada premissa da qual utilizou-se o v. despacho preliminar de afetação do REsp repetitivo nº 1.465.832/RS, acima tratado.

Referida decisão asseverava que as reformas promovidas pelo CPC/15 às regras do julgamento de ofício autorizariam o julgador a suscitar a manifestação das

---

<sup>5</sup>CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO há muito já vinha sustentando o seguinte: “Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto”. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I, p. 224.

<sup>6</sup>A respeito, cf. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, “Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC”. *Revista Paradigma*, v.25, p.2 - 12, 2016.

partes sempre que identificasse que uma pretensa nulidade de cláusula contratual não tivesse sido reclamada na inicial.

Essa conclusão, que levaria à conseqüente revogação da Súmula 381/STJ, parte da premissa – a nosso ver, desacertada - de que as reformas processuais teriam ampliado o rol de hipóteses de julgamento de ofício estabelecido na vigência do CPC/73.

Mas a consciência de que as regras do art. 10 perpetraram, na verdade, limitações ao poder decisório, só permitem concluir que, se sob a vigência do CPC/73 já não era possível ao julgador conhecer e julgar de ofício a nulidade de cláusulas contratuais, muito menos agora, sob a ótica do CPC/15, poderá o juiz provocar a manifestação das partes acerca de tal matéria.

### **3.OS LIMITES AO PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA (ART. 141 DO CPC/15) E DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ (ART. 145 DO CPC/15)**

Da dicção do art. 1.º do CDC, não resta dúvidas que suas regras foram alçadas pelo legislador ao status de ordem pública.

Isso não significa dizer, entretanto, que por se tratar de matéria de ordem pública, tais regras serão sempre conhecidas e julgadas de ofício. Há outras questões que devem ser sopesadas. A primeira delas é a natureza e a disponibilidade dos direitos envolvidos, de que se tratará adiante. No caso específico dos contratos bancários, está-se diante de direitos disponíveis de cunho patrimonial e que não podem, portanto, ser objeto da apreciação judicial sem a prévia provocação da parte.

Os julgamentos de ofício praticados sob a égide do CPC/73 eram voltados ao conhecimento das matérias de ordem pública que guardassem proporção com os pressupostos fundamentais à formação do processo, ou, como já se afirmou, na doutrina<sup>7</sup>, com os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

<sup>7</sup> Para CANDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 129/145), compreende-se nessa categoria aqueles pressupostos “sem os quais o juiz não poderá decidir sobre qual das partes tem razão e qual não a tem”. Trata-se de pressupostos tão essenciais à formação do processo que, quando não observados - ou oportunamente regularizados -, deveria o juiz determinar a extinção do feito, a qualquer momento, ainda que não houvesse requerimento do réu. Figuram nessa categoria: a) a impossibilidade jurídica da demanda, b) a falta de interesse de agir, c), a ilegitimidade *ad causam* ativa ou passiva, d) a inépcia da petição inicial, e) a incapacidade do autor, f) a irregularidade de sua procuração ao advogado, g) a falta de personalidade jurídica do réu, h) a falta de habilitação dos herdeiros do autor falecido, i) a preempção, j) a litispendência, k) a coisa julgada, l) a morte da parte em caso de direitos personalíssimos. Ficam fora dessa categoria de pressupostos de admissibilidade passíveis de conhecimento de ofício, ainda que seu conhecimento demandasse a extinção

Observa-se, portanto, que as matérias suscetíveis a pronunciamento de ofício, sob a égide do CPC/73, não se voltaram a provocar a inclusão de pretensões materiais que não tivessem sido requeridas pelo próprio autor em sua inicial. E o art. 10 do CPC em vigor não modificou esse cenário.

Outra questão que se coloca é a da imparcialidade do juiz. Inverter o ônus da prova em favor do hipossuficiente é diferenciação que decorre expressamente da lei e serve para conferir aos jurisdicionados tratamento substancialmente igualitário. Isso é absolutamente distinto de se pretender a atuação tendenciosa do juiz, analisando, de ofício, aspectos materiais do contrato que não foram suscitados no processo.

Revisar cláusulas contratuais, de modo geral, sem a provocação das partes, é bem diferente de revisar *ex officio* a cláusula de eleição de foro, que versa questão de competência, de cunho essencialmente instrumental. A revisão dessa cláusula não compromete a imparcialidade do juiz, pois somente visa apenas a propiciar que as partes litiguem em igualdade de condições.

Permitir que o juiz sugira a inclusão nos autos de pretensão jurídica em torno da nulidade de uma determinada cláusula contratual não reclamada pelo próprio autor, seria o mesmo, a nosso ver, que autorizá-lo a instaurar processos de ofício.

Há uma razão bem clara que impede o juiz de atuar dessa maneira: o julgador deve sempre pautar sua conduta pelos princípios da imparcialidade e da inércia jurisdicional (princípio dispositivo). Conforme um dos autores deste artigo já afirmou em outro espaço, com EDUARDO TALAMINI,

(...) todo agente público deve agir com isenção e honestidade. Mas quando se afirma que o juiz deve ser imparcial, quer dizer-se mais do que isso (...) Imparcialidade, mais do que retidão de conduta – o que também se aplica ao juiz – quer significar a sua condição de não parte, sua neutralidade, sua “assubjetividade” (...) O juiz deve atuar com total independência, sem amarras ou vinculação a qualquer sujeito de direito, sem uma pauta política, enfim, sem qualquer outro objetivo que não o de aplicar corretamente o ordenamento jurídico<sup>8</sup>.

---

do feito, apenas três hipóteses: (i) a desistência da ação, (ii) o abandono unilateral do processo e (iii) a convenção da arbitragem. Na sistemática do CPC/73, portanto, apenas nessas três hipóteses dependia o julgamento de prévia iniciativa das partes. A todas as demais, era de rigor o pronunciamento de ofício.

<sup>8</sup>WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, vol.1, p. 77. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, por sua vez, defende que se o juiz pudesse incluir, ou provocar a inclusão de novas pretensões materiais aos autos, acabaria se instaurando uma verdadeira “inconveniência social”, de se ter um julgador apegado aos fundamentos de sua própria iniciativa e conduzindo o processo a uma tutela jurisdicional sem que ninguém tivesse se animado a pedi-la (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. II, p. 42). No mesmo sentido, OLVÍDIO SILVA destaca que “dificilmente teria o julgador de manter-se completamente isento e imparcial se a lei lhe conferisse plenos poderes de iniciativa” (*Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 46).

A questão que aqui se coloca é, precipuamente, seteria o CPC/15 alterado alguma regra a respeito do princípio da inércia e da imparcialidade do Juiz, que legitimaria a conclusão de que ele passaria a poder provocar a inclusão de novas pretensões materiais aos autos.

Evidentemente que a resposta é negativa.<sup>9</sup>O princípio da inércia jurisdicional veda qualquer iniciativa do julgador nesse sentido. Não há espaço, nem na sistemática anterior, nem na atual, para que o juiz deixe de lado sua imparcialidade e isenção para, por exemplo, determinar emendas à inicial voltadas ao requerimento da declaração de nulidade sobre cláusulas contratuais em relação às quais o conflito não havia sido posto.

#### **4. A NATUREZA DISPONÍVEL DO DIREITO DECORRENTE DOS CONTRATOS DE CONSUMO E O RESPEITO AOS LIMITES DA DEMANDA**

Outro importante ponto a ser considerado sobre a preservação da Súmula 381/STJ, como dito anteriormente, diz respeito à natureza e à disponibilidade dos direitos envolvidos em cada caso.

Um dos autores deste artigo<sup>10</sup> já destacou que as regras processuais, de modo geral, possuem natureza cogente, inderrogáveis pela vontade das partes, e que, apesar da

---

<sup>9</sup>CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao comentar o art. 2º do CPC/15, afirma: “o novo CPC mantém consagrado ‘o princípio dispositivo’ ou da ‘inércia jurisdicional’ como basilar ao direito processual civil, amalgamando em um só dispositivo o que no CPC atual consta de seus arts. 2º e 262” (*Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43). O excelentíssimo senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal, LUIZ FUX, que exerceu importantíssimo papel durante os trabalhos de elaboração do CPC/15, ao também comentar o art. 2º do CPC/15, igualmente frisou a importância do princípio dispositivo no atual ordenamento: “[...] mantendo fidelidade com o princípio da inércia – *ne procedat iudex ex officio* – tem-se que o processo começa por iniciativa da parte. A lei inaugura o Código de Processo Civil insculpindo esse princípio no art. 2º, dispondo que ‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado na forma legal’. É o princípio da demanda que informa o nascimento do processo no sistema processual brasileiro e do qual decorrem outros princípios como o ‘dispositivo’, que marca a prevalência dos estímulos das partes sobre a iniciativa oficial (...). O juiz, em nosso sistema, aguarda a provocação da parte desde o primeiro ato processual, pautando o seu atuar pelos limites da pretensão deduzida, excluída, evidentemente, a possibilidade de atuação imediata e oficial naquelas matérias em que, assim procedendo, não perde a sua imparcialidade, como v.g. quando o juiz conhece *ex officio* a ausência de um pressuposto processual, como a sua ‘incompetência absoluta’ para o feito”. (*A Reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, p. 25).

<sup>10</sup>WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 48-49. Ainda sobre o tema, EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE assevera que: “Se no julgamento da questão relativa aos juros (objeto da apelação) o tribunal notasse a ausência de uma condição da ação ou pressuposto processual, a extinção do processo seria não somente adequada, como de rigor. Isto porque tais temas situam-se no plano da profundidade. São matérias que, mesmo salvaguardadas de alegação pelas partes, a lei impõe (caráter cogente) o reconhecimento pelo juiz, sendo a este dirigido o seu comando. A profundidade, por não ser limitada, abarca tanto os fundamentos que foram, como os que poderiam ter sido utilizados em primeiro grau, notadamente em defesa (como seria o caso). E, neste caso, ‘o conhecimento e a declaração *ex officio* das matérias previstas nestes artigos não produzem em nenhum momento, julgamento mais amplo do que o pedido, justamente porque são todas elas fundamentos do julgamento deste mesmo pedido. Diferente é a situação de uma cláusula contratual evidentemente nula” (Os recursos e as matérias de ordem pública.

possibilidade de flexibilização dessas regras, implantada pelo CPC/2015, que introduziu o negócio jurídico processual, o núcleo essencial das normas, relativo ao devido processo legal e à inércia jurisdicional, não pode ser flexibilizado.

Já o direito decorrente das cláusulas de um contrato de consumo é radicalmente diverso. Muito embora, pela inteligência do art. 1 do CDC, sejam matéria de ordem pública, possuem, a rigor, natureza disponível. Por isso, não podem ser convertidas em pretensões judiciais por iniciativa do julgador.

É absolutamente lícito ao autor, por exemplo, abrir mão de discutir cláusulas contratuais às quais não se opõe. Ou ainda, optar por concentrar as pretensões mais simples em um primeiro processo e preservar as demais para um processo futuro, em que possa vir a demandar uma instrução probatória de maior complexidade.

Na doutrina, já se sustentou que o juiz com iniciativa de inclusão de pretensões materiais inéditas nos autos, poderia desencadear conflitos entre as partes que antes inexistiam, consequência essa que vai de encontro com o papel do Judiciário de órgão pacificador de conflitos.<sup>11</sup>

Admitir, portanto, que o julgador tome para si a iniciativa de provocar as partes a se manifestarem sobre cláusulas contratuais que não tenham sido expressamente indicadas na inicial, viola o princípio dispositivo, uma vez que compete somente ao autor a iniciativa de concretizar suas pretensões materiais com a propositura da ação judicial.

## **5. O BENEFÍCIO PROCESSUAL CONCEDIDO PELA LEI AO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE**

Um dos argumentos apresentados pela corrente doutrinária que defendia, até a vigência da Súmula 381/STJ, ser dado ao julgador conhecer de ofício a nulidade de cláusulas contratuais não reclamadas pelo autor na inicial, partia da premissa de que essa possibilidade estaria amparada na hipossuficiência do consumidor na relação processual.

O voto vencido da Exa. Min. NANCY ANDRIGHI no REsp repetitivo nº 1.061.530, que antecedeu a Súmula 381/STJ, ilustra bem esse ponto de vista:

---

In: NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003, p. 118-119).

<sup>11</sup> Para DINAMARCO, “em vez de pacificar o exercício espontâneo da jurisdição, poderia fomentar conflitos entre pessoas a quem a situação – ainda mesmo que contrária ao direito – não estivesse sendo causa de insatisfações dolorosas” (*Op. cit.*, p. 43). V. também: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* v. 1, p. 82.

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? O que ocorre é que na ação revisional proposta pelo vizinho houve pedido expresso de declaração de nulidade, ao passo que no seu processo não foi formulado tal pedido, o que impede o juiz de pronunciá-la. Consequências graves são geradas por esse tipo de julgamento: **a primeira é a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido expresso) de molde a inviabilizar o conhecimento e a aplicação do direito material (nulificação da cláusula abusiva)**, exigindo para tanto uma nova movimentação da máquina judiciária com a propositura de outra ação; a segunda **é o manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico** complementar (CDC, art. 51, todos os seus incisos, cumulado com o CC/02, parágrafo único, do art. 168, que determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos); a terceira **é o descrédito no Poder Judiciário, que tem a obrigação constitucional de tratar igualmente os consumidores que se encontram em situações idênticas**; a quarta **é a frustração de toda a operacionalidade do novo instrumento dos processos repetitivos, pois o não reconhecimento de ofício impõe reiteração de ações e recursos**, que o art. 543-C visa impedir, prejudicando a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional<sup>12</sup>.(Grifo nosso)

Ou seja, segundo a Ministra Relatora, deveria o juiz poder conhecer e julgar de ofício nulidades do contrato, pois a “*necessidade de pedido expresso*” do autor para a entrega da prestação jurisdicional, caracterizaria formalismo exagerado, ou, em suas palavras, “*equivocada priorização da norma processual*” que (i) limitaria o direito do consumidor leigo em detrimento daquele melhor instruído, ou patrocinado por um advogado melhor preparado, e (ii) favoreceria a proliferação de ações, pois exigiria do consumidor menos atento a propositura futura de uma nova ação voltada apenas a submeter à apreciação judicial a cláusula que não foi objeto da ação anterior.

O voto da Ministra Relatora, nesse ponto do julgamento repetitivo, restou vencido, prevalecendo o entendimento do Ministro João Otávio de Noronha, que assim se pronunciou:

Agora, manifesto meu posicionamento a respeito da revisão de ofício das cláusulas contratuais nas instâncias ordinárias. Aqui, novamente, peço vênia a Exma. Ministra Nancy Andriighi (...). 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.

Na atualidade, para a defesa dos hipossuficientes, a Constituição Federal instituiu as defensorias públicas. Aliás, a jurisprudência desta Sessão pacificou-se no sentido de não ser admissível a revisão de ofício das cláusulas contratuais para taxá-las de onerosas. Repiso a indagação: Como o juiz poderá saber se há abusividade ou não diante do caso concreto se a própria parte não alegou?

(...)

Reitero minhas vênicas para discordar também de um dos fundamentos invocados pela eminente Relatora, qual seja, o da alteração legislativa, que, a meu ver, diz respeito apenas

<sup>12</sup>STJ. REsp 1061530/RS. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção. Julgado em 22.10.2008. DJe 10.03.2009.

às regras de competência, não se referindo à possibilidade de conhecimento e decote de ofício das cláusulas contratuais relativas aos encargos financeiros. **Oportuno lembrar que, na espécie, estamos tratando de direitos disponíveis e não se pode olvidar que a parte, de regra, sabe o que pode e o que não pode contratar e honrar.**

(...)

Assim, peço vênia a Exma. Ministra Relatora, mas **não vejo razão que justifique que esta Corte altere o entendimento jurisprudencial cristalizado ao longo de vários anos de julgamento.** Rejeito também porque, durante esses seis anos de Tribunal, constatei que **o consumidor tem sido muito bem defendido no Judiciário.** A meu ver, o micro sistema legislativo que regula as relações de consumo – segundo diz a eminente Dra. Cláudia Lima Marques – vem atingindo alto grau de eficácia, conforme se infere do exame dos acórdãos deste Tribunal. Aliás, a jurisprudência edificada nesta Corte a respeito do tema não se consolidou por obra do acaso. Ao contrário, é fruto direto do hercúleo trabalho desenvolvido pelos advogados contratados por diversos organismos de proteção do consumidor, como por exemplo, o Idec. Assim, afigura-se inegável que a estrutura protetiva das relações de consumo não está exigindo que o juiz perca sua neutralidade no processo; por isso, entendo não deva ele atuar substituindo ou dispensando a manifestação da parte indigitada como hipossuficiente na defesa de seus interesses.

O voto do ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, que se sagrou vencedor sobre esse ponto do repetitivo, e que pode, inclusive, ser considerado o prenúncio da Súmula 381/STJ, pautou-se nas seguintes premissas: (i) o juiz jamais deve defender o consumidor, sob pena de perder sua imparcialidade; e (ii) quem defende o consumidor é a lei, as associações e as defensorias públicas, que, aliás, já realizam com maestria seu trabalho.

Com todo respeito à lavra da Ministra Relatora, o voto do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, a nosso ver, foi mesmo o mais acertado. Não apenas porque bem pontuou a posição de que o juiz deve se manter sempre imparcial, mas também por ponderar que a condição de hipossuficiência do consumidor em absolutamente nada deveria implicar em uma atuação jurisdicional voltada a complementar as pretensões não requeridas pela parte.

Não se deve confundir a hipossuficiência, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, com o desconhecimento do consumidor sobre regras processuais.

A caracterização do consumidor como hipossuficiente, para o Código de Defesa do Consumidor, não decorre do seu desconhecimento das normas de processo civil, mas da dificuldade do indivíduo de provar o fato alegado, geralmente atrelada à falta de conhecimento técnico sobre o produto ou sobre o serviço que lhe foi prestado<sup>13</sup>.

Ao consumidor declarado hipossuficiente, o art. 6º, VIII, do CDC, confere o benefício processual da inversão do ônus da prova, alterando a regra geral prevista no art. 369, do CPC/15. Desse modo, ao consumidor hipossuficiente compete apenas fazer

<sup>13</sup>HOLFFMAN, Paulo. Inversão do Ônus da Prova Prevista no CDC. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

as alegações, enquanto que ao réu, fornecedor, cabe o ônus de provar que elas não são verdadeiras. É esse, portanto, o benefício processual que a lei concede ao hipossuficiente para mitigar o desequilíbrio processual em relação ao fornecedor.<sup>14</sup>

A lei não estabelece ao consumidor hipossuficiente a vantagem, por exemplo, de ter contra si afastados os efeitos da preclusão ou da coisa julgada, tampouco gozar de prazos diferenciados para recorrer ou se manifestar nos autos.

Se a ninguém é dado se valer do desconhecimento da lei, não se pode admitir que o consumidor, ainda que leigo em matéria de legislação processual, seja beneficiado com a complementação de seu pedido pelo juiz para conhecer de nulidades contratuais não suscitadas na inicial.

Sabe-se que muitas vezes em uma relação de consumo há desencontro de informações, cláusulas controversas, propagandas enganosas, e um sem número de outras situações que são praticadas em detrimento do consumidor, que o Código de Defesa do Consumidor tipificou como condutas abusivas. Todas elas passíveis, inclusive, de decretação de nulidade, desde que expressamente requerido pela parte. Tratam-se, sem dúvida alguma, de garantias fundamentais para que as relações negociais sejam amadurecidas e estabelecidas com segurança e prosperidade no país.

Todavia, não se pode perder de vista que a mais nobre pretensão, seja ela decorrente de relação de consumo ou de qualquer outra relação jurídica, deve ser exercida em juízo dentro dos parâmetros legais previstos em nosso sistema processual e respeitando os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como o da inércia jurisdicional e o da imparcialidade do Juiz.

Se por um lado, a legislação beneficia o hipossuficiente com a inversão do ônus da prova com o escopo de promover a igualdade processual, por outro, não se pode acrescentar ao autor a vantagem de ter o juiz “*advogando*” a seu favor, sob pena de se desequilibrar a “*balança*” do processo.

Aliás, a Súmula 381/STJ surgiu como extraordinária ferramenta limitadora de possíveis excessos da atuação judicial em processos envolvendo a revisão de contratos bancários.

---

<sup>14</sup>THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 166. Sobre o tema, CARLOS EDUARDO MANFREDINI HARPER ressalta que o Código de Defesa do Consumidor ditou “exceções ao direito privado codificado” mas que “naquilo em que expressamente não tenha havido especialização, mesmo em matéria de proteção ao consumidor, aplicam-se as normas gerais do direito privado” (CRETELLA JR. José; DOTTI, René Ariel (coord.) et. Al. *Comentários ao código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 151).

Da colação de tudo o que se expôs neste breve espaço, extrai-se que ofato do consumidor vir a ser considerado hipossuficiente na relação, em absolutamente nada deveria implicar no reconhecimento de nulidade de cláusulas contratuais de ofício, uma vez que o benefício processual concedido ao hipossuficiente é apenas a inversão do ônus probatório e não o de poder ter sua inicial emendada por iniciativa do magistrado.

## **6.A ESTABILIDADE DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS FIRMADAS EM SÚMULAS E REPETITIVOS - ART. 926, 1º E 927, III E IV, E §4º DO CPC/15**

Como tratado nas linhas anteriores, a controvérsia objeto em torno da possibilidade do Juiz não poder conhecer, de ofício, nulidades de cláusulas contratuais à luz do CDC, não é nova.

Antes mesmo da edição da Súmula 381, do STJ, já era pacífica a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre o ponto<sup>15</sup>, inclusive com fixação de tese sob o rito dos repetitivos<sup>16</sup>.

Desde então, o entendimento consolidado tem sido aplicado de forma uníssona pelos tribunais em todos o país<sup>17</sup>, o que demonstra que a orientação tem cumprido seu papel de preservação da ordem jurídica processual.

Nos termos do art. 927, §4º, do CPC/15,

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

E dispõem os artigos 926, § 1º, e 927, III e IV, do CPC/15, que os Tribunais deverão manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, impondo que juízes e Tribunais observem os enunciados de Súmulas e acórdãos de repetitivos.

<sup>15</sup>Cf. os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 541.153/RS. Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA. Segunda Seção. Julgado em 08.06.2005. *DJ* 14.09.2005, p. 189; Ag Rg nos EREsp 801.421/RS. Rel. Min. ARI PARGENDLER. Segunda Seção. Julgado em 14.03.2007. *DJ* 16.04.2007, p. 164; EREsp 645.902/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. Segunda Seção. Julgado em 10.10.2007. *DJ* 22.10.2007, p. 189; AgRg no REsp 782.895/SC, Rel. Min. SIDNEI BENETI. Terceira Turma. Julgado em 19.06.2008. *DJe* 01.07.2008; REsp 1061530/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Segunda Seção. Julgado em 22.10.2008. *DJe* 10.03.2009.

<sup>16</sup>STJ. REsp 1061530/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Segunda Seção. Julgado em 22.10.2008. *DJe* 10.03.2009.

<sup>17</sup>TJSP. AC1000613-28.2016.8.26.0168.Rel. Des. MATHEUS FONTES. 22ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20.04.2017. Data de registro: 20.04.2017; TJRJ. AC 0276196-73.2010.8.19.0001. Rel. Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME. 17ª Câmara Cível. Julgado em 26.06.2013; TJMG. AI 1.0024.09.544583-9/001. Rel. Des. DUARTE DE PAULA. 11ª Câmara Cível. Julgado em 09.09.2009. Publicação da súmula em 21.09.2009; TJPR. EDC 1068513-3/01. Rel. Des. FRANCISCO JORGE. 17ª Câmara Cível. Unânime. Julgado em 11.06.2014.

A modificação de um entendimento fixado pelo Tribunal no julgamento de recurso repetitivo, e ainda subseqüentemente sumulado, como é o caso de que ora se trata, somente deve ocorrer em situações excepcionalíssimas. As alterações implantadas pelo CPC/15 não legitimam a revogação da Súm. 381/STJ e a relativização da previsibilidade e estabilidade da jurisprudência.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É cediço que as regras inseridas em nosso sistema processual pelo CPC/15 em nada alteram a Súmula 381/STJ, que deve, por todas as razões aludidas neste abreviado estudo, permanecer vigente.

O art. 10 do CPC/15, dispositivo que mais perpetró mudanças na regra de julgamento de ofício, não trouxe inovações suficientes para permitir a conclusão de que agora o julgador estaria autorizado a suscitar a provocação das partes sobre matérias que antes, sob a égide do CPC/73, sequer era possível decidir de ofício.

Nesse mesmo contexto, também não há espaço para o entendimento de que o julgador possa vir a acrescentar pretensões materiais ao processo, não inseridas oportunamente na inicial, sob o risco de violar-se a inércia e imparcialidade do juiz.

Igualmente, reputa-se equivocada a tese de que a inclusão de pretensões materiais por iniciativa do julgador seria oportuna quando beneficiasse o consumidor hipossuficiente, como forma de equilibrar a relação processual. Se o Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão do ônus da prova em restritas hipóteses, quando restar caracterizada a vulnerabilidade técnica do consumidor sobre o produto ou serviço prestado, ele o faz com o escopo de estabilizar a balança do processo, garantindo aos jurisdicionados tratamento substancialmente igualitário. Isso em nada se assemelha a afastar a imparcialidade do juiz, permitindo que ele mesmo, já tomando uma posição acerca da lide, suscite a revisão de cláusulas contratuais, especialmente no caso dos contratos bancários, em que os direitos envolvidos são de natureza fundamentalmente patrimonial e, portanto, disponíveis.

A regra do art. 10 do CPC/15 diz respeito à necessidade de o juiz conferir às partes a oportunidade de se manifestarem antes de proferir decisão de ofício. Refere-se ao redimensionamento do contraditório e não à implantação de novas hipóteses autorizadas de decisão por iniciativa do juiz, especialmente quando tal alteração possa acarretar considerável perda de sua neutralidade no bojo do processo.

As alterações legislativas promovidas pelo novo Código de Processo Civil não justificam a revogação da Súmula 381/STJ. Aliás, a posição jurisprudencial já estava consolidada nos Tribunais antes mesmo de sua edição. Ao fim e ao cabo, alterar o entendimento sumular agora, quando não há qualquer razão para tanto, acarretaria não apenas desnecessários prejuízos para a segurança jurídica, como também ofenderia a imparcialidade do juiz e a igualdade entre os jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRETELLA JR. José; DOTTI, René Ariel (Coord.) et. Al. *Comentários ao código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. II e III.
- FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Temático*. São Paulo: Mackenzie, 2015.
- HOLFFMAN, Paulo. “Inversão do Ônus da Prova Prevista no CDC”. In: BARIONI, Rodrigo; CARVALHO, Fabiano. (coord.). *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
- THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. Vol. 1.
- \_\_\_\_\_; ALVIM, Teresa Arruda. *Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a lei 13.256/2016*. São Paulo: RT, 2016.

Submetido em 15.08.2017

Aceito em 28.11.2017