

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

GUILHERME NOVICTOR DE OLIVEIRA

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS:
A NULIDADE OU ANULABILIDADE EM RELAÇÕES DE CONSUMO

UBERLÂNDIA
2022

GUILHERME NOVICTOR DE OLIVEIRA

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS:
A NULIDADE OU ANULABILIDADE EM RELAÇÕES DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito “Prof.
Jacy de Assis” da Universidade Federal
de Uberlândia como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Almir Garcia
Fernandes

UBERLÂNDIA

2022

GUILHERME NOVICTOR DE OLIVEIRA

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS:
A NULIDADE OU ANULABILIDADE EM RELAÇÕES DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito “Prof.
Jacy de Assis” da Universidade Federal
de Uberlândia como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito,
aprovado pela banca examinadora
formada por:

Uberlândia, 8 de novembro de 2022.

Prof. Dr. Almir Garcia Fernandes
Universidade Federal de Uberlândia
Orientador

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa
Universidade Federal de Uberlândia

RESUMO

Objetiva o presente estudo concluir, mediante a análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, se são nulas ou anuláveis as cláusulas abusivas em contratos bancários sob a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, a previsão normativa é clara ao instituir que seriam nulas quaisquer cláusulas abusivas em contratos firmados com consumidor. Contudo, a despeito de ser a doutrina também no sentido de garantir tutela à vulnerabilidade do consumidor, tem-se na jurisprudência entendimento uníssono, pacífico e sumulado que interpreta as cláusulas abusivas na relação com fornecedor bancário como se anuláveis fossem. Assim, o presente estudo parte da pesquisa teórico documental para, mediante o procedimento indutivo, analisar os efeitos da aplicação das leis consumeristas em contratos bancários, principalmente as consequências do reconhecimento de abusividades, estabelecendo como proposição universal que são anuláveis as cláusulas abusivas firmadas entre consumidor e instituição financeira, o que de forma clara contraria o projeto constitucional de efetiva proteção e reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Instituição Financeira. Cláusulas Abusivas. Nulidade. Anulabilidade.

ABSTRACT

This study aims to conclude, employing normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, whether abusive clauses in banking contracts under the Consumer Protection Code are null or annulable. Indeed, the law is clear in establishing that any unfair terms in contracts signed with consumers would be null and void. However, despite being the legal literature also in the sense of protecting the vulnerability of the consumer, there is in the jurisprudence a peaceful understanding that construes the unfair contract terms executed by consumers and financial institutions as annulable. Thus, the present study starts from the theoretical documentary research to, upon the inductive method, analyze the effects of the enforcement of consumer laws in banking contracts, especially the consequences of the recognition of unfair terms, establishing a universal proposition that the unfair contract terms executed by consumer and financial institution are annulable, in clear conflict with the constitutional protection and effective recognition of consumer vulnerability.

Keywords: Civil Law. Consumer Protection. Financial Institution. Unfair Contract Terms. Nullity. Annulability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	CLÁUSULAS NULAS E ANULÁVEIS	13
2.1	Dos Negócios Jurídicos e sua validade.....	13
2.2	A anulabilidade ou nulidade relativa	17
2.3	Da Nulidade	25
2.3.1	Do rol previsto no Código Civil.....	26
2.3.2	Da Simulação	27
3	DA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS EM CONTRATOS MANTIDOS COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	31
3.1	Juros Remuneratórios	33
3.2	Capitalização	37
3.3	Da Conjuntura Real	38
4	CONCLUSÃO	43
5	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo são tidas, pelo menos desde 1951, pelo legislador como de vulnerabilidade inerente, sendo que, naquele ano, na Lei nº 1.521 – que versa a respeito da economia popular – encontravam disposições a respeito do consumo, sendo estabelecidos crimes cujo bem jurídico tutelado visa proteger o consumidor.¹ Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes de qualquer disposição que expressamente dispusesse a respeito da proteção do consumidor, já buscava meios de garantir tutela especial na sua relação com o fornecedor, vinculando o conceito de consumidor à economia popular e à ordem econômica e financeira do País².

Outrossim, a Constituição da República de 1988 estabeleceu como uma das garantias fundamentais que o Estado promoverá a defesa do consumidor³, bem como, determinou como um dos princípios gerais da atividade econômica, a qual possui a finalidade de assegurar a todos existência digna, a defesa do consumidor, conforme o seu art. 170, inciso V.⁴

A partir da sanção do Código de Defesa do Consumidor houve a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do principal meio de justiça social de efetiva garantia do respeito à dignidade da pessoa humana em relações contratuais, sendo a sua influência, inclusive, vista em outras relações que, apesar de possuírem legislação própria, ainda devem respeito aos princípios previstos no *códex* consumerista.

¹ Em exemplo, destaca-se os incisos II e III do art. 2º da mencionada lei, em que há a previsão, respectivamente: “Art. 2º São crimes desta natureza: II- favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro [...] III- expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição”.

² Cabe destacar que a Defesa do Consumidor ainda se vincula à economia popular, sendo que, a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados possui como campo temático ou área de atividade, desde 2004, os seguintes: “a) economia popular e repressão ao abuso do poder econômico; b) relações de consumo e medidas de defesa do consumidor; c) composição, qualidade, apresentação, publicidade e distribuição de bens e serviços” (Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 32, inc. V).

³ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, Art. 5º “[...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁴ *Ibidem*, Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor”.

Nesta linha, ao diferenciar lei geral de lei principiológica, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam:

O CDC, no que tange aos direitos básicos do consumidor, por exemplo, é lei principiológica, o que significa que leis especiais que tratam especificamente do transporte rodoviário, ferroviário (D 2681/1912, aéreo (CBA) etc., que estabeleçam o regime jurídico da responsabilidade subjetiva do transportador, não têm eficácia porque contrariam o princípio do CDC de que o regime da responsabilidade civil – para o consumidor ressarcir-se dos prejuízos que sofreu ou obter indenização por dano moral – é o da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (CDC 6.º VI).⁵

Da mesma forma, Tartuce e Assumpção Neves afirmam que, justamente por ser norma principiológica, não se pode aplicar ao CDC o princípio da especialidade, o qual apenas produz efeitos sobre normas gerais, as quais possuem conteúdo jurídico que apenas traz bases sobre o tema e somente pode ser aplicável às normas de igual hierarquia, o que não é o caso do código consumerista, sendo, portanto, de natureza suprallegal⁶. Entendimento este que se encontra em consonância com o ora exposto a respeito das previsões constitucionais da defesa do consumidor.

Diante disso, é imperioso destacar a máxima introduzida no código em comento que é o inafastável reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor⁷, sendo de suma importância, pois, como acima mencionado, os direitos básicos do consumidor produzem efeitos no ordenamento jurídico como um todo, criando deveres positivos aos fornecedores. No entanto, a despeito de ser o principal meio de efetivação de justiça social nos contratos, não é apenas por meio do CDC que se pode buscar a efetividade da proteção ao consumidor, pois, a própria natureza do ordenamento jurídico brasileiro e o amplo acolhimento da teoria do diálogo das

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 823.

⁶ Assumpção Neves e Tartuce são categóricos ao afirmarem: “[...] pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem eficácia suprallegal, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias”. (TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016, p. 25).

⁷BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

fontes levam a conclusão de ser essencial o alinhamento da hermenêutica do código consumerista com outras normas, com as orientações doutrinárias e com as posições jurisprudenciais. Desse modo, ainda que o CDC traga dispositivos específicos a respeito dos contratos e dos contraentes em relações de consumo, não prescinde, um trabalho minucioso, da necessidade de observar a produção jurídica que orienta a jurisdição, como é o caso das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal que, em interpretação ao Código Civil de 2002, tem orientado o respeito aos princípios superiores à mera liberdade contratual⁸ de modo a garantir a eficácia horizontal das garantias fundamentais, como a defesa ao consumidor.

Em vista disso, apesar de tal hermenêutica trazer como conclusão lógica a superior hierarquia do CDC, assim como conclui a doutrina majoritária, o que se verifica na prática é certo obstáculo à concretização do projeto constitucional em diversas decisões judiciais e posicionamentos jurisprudenciais. Eis que, como será visto no decorrer deste trabalho, a jurisprudência por vezes adota entendimentos que, em certos temas chegam a ser sumulados e que evidentemente ferem o interesse social do Código de Defesa do Consumidor e afastam a sua natureza de ordem pública⁹. Além dos temas específicos que serão tratados a seguir, tem-se, em breve exemplo, a possibilidade de prevalência de normas específicas ao Código de Defesa do Consumidor, adotando, para tanto, o critério da especialidade e temporalidade, a despeito da superior hierarquia do CDC pelo seu inerente critério de ordem pública e de efetiva garantia de preceitos fundamentais, sendo destacável

⁸ É o caso dos Enunciados nº 23 e 26, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que, apesar de orientarem a jurisprudência relativa aos artigos 421 e 422 do Código Civil, são perfeitamente aplicáveis quando se interpreta contratos regulados pela norma consumerista uma vez que utilizam princípios de direito para orientar uma interpretação equitativa das cláusulas contratuais: “E. 23. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individual relativo à dignidade da pessoa humana. E. 26. A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

⁹ Nesse sentido, afirma Gomes: “(O Código de Defesa do Consumidor) É responsável por inaugurar a concepção social do direito contratual no sistema normativo brasileiro, uma vez que, ao reconhecer o desequilíbrio intrínseco existente nas relações de consumo, institui normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (art. 1º), com intuito de coibir as práticas abusivas no mercado de consumo e alcançar a igualdade substancial entre os contratantes. (GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Planos de Saúde: A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde.** Leme – SP: JH Mizuno, 2016. p. 80).

para ilustrar o ora afirmado o tema 1.095 do STJ cuja questão submetida a julgamento é: “Definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia”.

É neste contexto que emerge o tema central deste trabalho, tratando a respeito da mais comum classe de fornecedores em relações de consumo e fora dela: os bancos. Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a atividade bancária domina a vida mercantil:

Não há classe social ou categoria econômica que possa dispensá-lo (o banco). Pobres e ricos a ele se dirigem, recolhendo as suas economias ou levando capitais. Ensinando a poupança, concedendo empréstimos, financiando empreendimentos, os estabelecimentos bancários exercem função relevante na vida nacional¹⁰.

É por tamanha atuação na economia brasileira que se torna inegável a grande influência e força do lobismo¹¹ bancário sobre o processo de formação das leis e, por consequência, da interpretação destas, de forma que a jurisprudência consolidada tende a fugir da legítima expectativa da tutela da vulnerabilidade, como evidencia Cláudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, ao afirmarem que “nos últimos 3 anos, o número de recursos repetitivos em matéria bancária triplicou, [...] assim a

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: volume 3: contratos. 24. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 495.

¹¹ A expressão “lobismo” é definida por Oliveira e Alonso como “movimento permanente orientado a defender um conjunto de matérias reputadas importantes por um grupo que mantém certa homogeneidade, o que possibilita sua existência permanente, distinguindo-se dos grupos de pressão, que se unem pela necessidade de resolver uma questão pontual, de natureza transitória”. A sua existência, portanto, é inegável, o que não significa dizer ilegal ou nociva, tendo ainda afirmado os autores que “ainda subsiste bastante confusão na comunidade jurídica sobre o liame entre a atividade de lobby e a violação de tipos penais como os de tráfico de influência e corrupção ativa, em especial no período anterior a 2014, quando lobistas influenciavam politicamente por meio de financiamentos a companhias políticas, que é inclusive objeto de discussão pública na contemporaneidade, como ilações sobre a venda de medidas provisórias”. Por fim, quanto ao efeito desfavorável, ainda que a obra trate especificamente a respeito de Direito Tributário, não carece de grande fundamentação teórica a conclusão que a mesma influência é capaz de afetar o processo legislativo como um todo, não sendo excluída a norma consumerista, sendo aplicável o mesmo reconhecimento do lobismo nocivo à coletividade: “[...] diante da atual conjuntura, é reconhecido o papel do lobby no planejamento tributário e nas implicações políticas da movimentação de lobistas para concessão de benesses em favor de seus representados em prejuízo dos demais contribuintes”. OLIVEIRA, Nirlene Aparecida. ALONSO, Ricardo Pinha. O Super Lobista: as relações entre lobby e direito tributário nos EUA e no Brasil. In: BERTONCINI, Carla, ARANÃO, Adriano, PADILHA Elisângela e PULCINELLI, Ana Luíza Godoy (coord.) **Direito e Cinema**: Temático em Debate. Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2017, p.286-297, p. 291, 294 e 295.

jurisprudência resultante dos repetitivos acabou legitimando quase todas as cláusulas ‘abusivas’ bancárias e esvaziando as discussões nas ações coletivas”¹².

Para além disso, compõe o cerne do presente estudo, de forma principal, as Súmulas 297¹³ e 381¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça que, respectivamente, preveem a aplicação do CDC às instituições financeiras e veda o conhecimento de ofício de abusividades em cláusulas de contratos bancários. Tais súmulas serão ainda lidas e interpretadas em conjunto com o art. 51, inciso IV, do CDC¹⁵ que impõe a nulidade de cláusulas contratuais abusivas. Assim, delimita-se a seguinte problemática: a posição dos tribunais brasileiros, em especial, a do Superior Tribunal de Justiça, é capaz de alterar a natureza de nulidade das cláusulas abusivas em contratos bancários firmados com consumidor, tornando-as anuláveis?

Para responder de forma satisfatória a questão ora exposta será necessário, em primeiro lugar, destacar e analisar o que se entende por cláusulas nulas e anuláveis; em segundo lugar, delimitar o que se entende por cláusulas abusivas, dando especial enfoque às consequências da declaração de abusividade; e, por fim, sedimentada a matéria, analisar-se-á se o ordenamento jurídico brasileiro considera as cláusulas abusivas em contratos bancários como nulas ou anuláveis. Para seguir tais etapas será utilizado como método de abordagem o método indutivo, uma vez que apesar de encontrar e estabelecer uma problemática, tem-se que, das regras consolidadas na jurisprudência é possível extrair resposta suficiente à problemática de modo a estabelecer uma proposição geral, qual seja, em relações consumeristas mantidas com instituições financeiras, são anuláveis as cláusulas abusivas. Com isso, será realizada análise bibliográfica e documental compreendendo o estudo dogmático jurídico – o estudo da lei, doutrina e

¹² MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.129.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 de setembro de 2004, p. 129.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 05 de maio de 2009, ed. 355.

¹⁵ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

jurisprudência – para, com fundamento em casos específicos se embasar a proposição ora apresentada.

Diante disso, espera-se que o presente estudo evidencie que a jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros atua em sentido contrário à disposição específica do Código de Defesa do Consumidor, o que acaba por subverter e, em verdade, inverter o que fora determinado pelo legislador, entendendo como anuláveis cláusulas que deveriam ser nulas de pleno direito.

2 CLÁUSULAS NULAS E ANULÁVEIS

2.1 Dos Negócios Jurídicos e sua validade.

Do ponto de vista mais primitivo em que incidem as normas jurídicas do Código Civil, tem-se o fato jurídico. Justamente por estar em sua base, o Código Civil de 2002 trata dos fatos jurídicos no Livro III, logo após definir as pessoas (Livro I), os bens (Livro II) e os direitos concernentes a estes. O *códex*, no entanto, não trata de definir o que seriam os fatos jurídicos, saltando direto a uma de suas facetas, aquela que justamente se analisa neste artigo, o negócio jurídico. Relevante, porém, dar um passo atrás. O fato jurídico, é, portanto, definido pela doutrina, como “todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica”¹⁶. É como dividir toda a realidade em fatos que produzem efeitos jurídicos, e, portanto, evidentemente são fatos jurídicos, e fatos que não produzem efeitos no campo do direito.

Importante mencionar uma perspectiva contemporânea a respeito dos fatos jurídicos, em que se admite que todos os fatos contêm, em análise aprofundada, algum ponto de juridicidade, o que os caracterizaria como um fato jurídico. Nesse ponto se destaca a crítica realizada por Anderson Schreiber com base em Pietro Perlingieri, afirmando que “Na atualidade, impõe-se, ao contrário, reconhecer que ‘todo fato da realidade social, até o mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade’”¹⁷. Flávio Tartuce, por sua vez, apenas caracteriza fato jurídico como “uma ocorrência que interessa ao Direito, ou seja, que tenha relevância jurídica”, e, adiante, define ato jurídico como derivação, ou seja, um fato jurídico “com elemento volitivo e conteúdo lícito” encerrando na seguinte fórmula: Ato Jurídico = Fato + Direito + Vontade + Licidade¹⁸.

É deste contexto que emerge o negócio jurídico, sendo este um fato jurídico, pois relevante ao direito, e que o toca, na forma da manifestação de vontade com efeitos predefinidos, estabelecidos tanto pelas partes quanto pelo

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.310

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 345/346.

próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo afirma que “no negócio jurídico, as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses”¹⁹.

Nesse sentido, especificamente a respeito dos negócios jurídicos, a doutrina é uníssona no sentido de analisá-los sob três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia. Tartuce se refere a estes três pilares como a “Escada Ponteano” em clara alusão a Pontes de Miranda, que, nas palavras do doutrinador “concebeu uma estrutura única para explicar tais elementos”²⁰. De fato, o que se tem com tal “escada” é a divisão lógica com que classicamente se analisam os negócios jurídicos, na mesma ordem – existência, validade e eficácia. Mesmo porque, não há que se falar em eficácia de algo que não é válido, sequer em validade de algo que não existe.²¹

Assim, a respeito de tais planos, a princípio, especificamente a respeito do plano da existência, afirma Schreiber que “a maior parte da doutrina identifica como elementos essenciais (do plano da existência) o sujeito, o objeto e a forma”²², Tartuce, por sua vez, entende que os “substantivos” do plano da existência são: partes, vontade, objeto e forma²³. Fato é que os elementos que compõem o plano da existência estão diretamente ligados ao mundo real, podendo-se dizer que são elementos fáticos e estruturais do negócio que, quando faltantes, fazem com que não se possa reconhecer sequer a sua existência. Cabe destacar que a consequência do reconhecimento da inexistência de um negócio jurídico é, em suma, idêntica à declaração de sua nulidade, conforme inclusive destaca Tartuce dizendo que “pode-se afirmar que o plano da existência está embutido no da

¹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 283.

²⁰ TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 355.

²¹ Cabe, no entanto, apenas destacar que no caso de anulabilidade é possível uma exceção em que o negócio jurídico é existente, inválido, porém eficaz.

²² SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.339

²³ TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método. p. 357.

validade”²⁴. Os efeitos da inexistência, no entanto, em nada alteram a conclusão dada pela doutrina majoritária de que não se podem confundir tais planos, a esse respeito, inclusive, destaca Carlos Roberto Gonçalves que não se indaga se o negócio jurídico inexistente “é nulo ou ineficaz nem se exige a desconstituição judicial, pois se trata de um nada jurídico”²⁵.

Sendo possível reconhecer a existência do negócio jurídico, se analisa eventual vício ou defeito, já no plano da validade. Como visto, para existir, o negócio jurídico carece de parte, vontade, objeto e forma, os quais são qualificados no plano da validade. É dizer que não basta que a parte participe do ato, mas ela precisa ser civilmente capaz; da mesma forma, a vontade não pode estar viciada; o objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável; e, por fim, deve ser seguida a forma definida em lei, ou, por ela não vedada. A validade, ao contrário da existência, possui expressa previsão legal, sendo que, os requisitos ora expostos se encontram no Código Civil, especificamente em seu art. 104²⁶. Nesse sentido, não cumprindo o imperativo legal de validade, o negócio jurídico é, em regra, nulo de pleno direito²⁷.

Por fim, sendo válido o negócio jurídico resta a sua eficácia. Nesse ponto, de forma sucinta tem-se que a eficácia diz respeito às consequências jurídicas e práticas do negócio, são seus elementos, portanto, tudo aquilo que dialoga com a possibilidade de se impedir a concretização dos efeitos previstos pelas partes como a condição e o termo²⁸.

Diante disso, é certo afirmar que nos casos específicos em que o legislador previu a anulabilidade do negócio jurídico há violação a algum dos pressupostos dos planos ora apresentados, sendo também possível afirmar que em

²⁴ Nesse sentido, complementa ainda o autor afirmando que “*parece ser melhor resolver as questões com a invalidade, ou seja, com teoria das nulidades*”. TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método. p. 358.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 344.

²⁶ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁷ Nesse sentido, destaca Tartuce que: “o negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade” TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método. p. 359.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 346.

sua maior parte os vícios previstos dizem respeito à manifestação de vontade, a qual, como visto, é de constatação obrigatória para que se considere existente o negócio jurídico e que deve estar revestida de determinadas características para que seja válida.

Isso ocorre em virtude do princípio da legalidade, pois um dos imperativos do direito é justamente que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme dispõe o art. 5º, inciso II, da CF/88. As obrigações decorrentes de contratos são, portanto, originadas pelo princípio da força obrigatória dos contratos, sendo efeito deste princípio a máxima: o contrato faz lei entre as partes. Assentada a importância ímpar da vontade para a constituição do negócio jurídico constata-se que para além da nulidade decorrente da vontade que não cumpre os requisitos de validade – agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei –, também é possível um negócio jurídico ser anulável em decorrência da vontade caso ela esteja viciada.

É o que se depreende do Código Civil, especificamente no artigo 138 e seguintes em que há a previsão dos defeitos do negócio jurídico, sendo eles: (i) o erro ou ignorância - artigos 138 a 144; (ii) o dolo – artigos 145 a 150; (iii) a coação – artigos 151 a 155; (iv) o estado de perigo – artigo 156; (v) a lesão – artigo 157; e (vi) a fraude contra credores – artigos 158 a 165. Na ocorrência de algum destes defeitos o art. 171, inciso II, do mesmo código prevê que o negócio jurídico é anulável²⁹. Além disso, também dialogando com vícios de vontade, o inciso I do mesmo artigo prevê que é anulável o negócio jurídico “por incapacidade relativa do agente”.

Por sua vez, o art. 166 do Código Civil traz as hipóteses em que o negócio jurídico é nulo:

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

²⁹ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude a credores.

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.

Em sumária leitura das hipóteses de anulabilidade e de nulidade acima destacadas, vê-se que nos casos em que será nulo o negócio jurídico há vício de natureza consideravelmente mais grave. Isso porque, o rol estabelecido no dispositivo supratranscrito já adianta a relevância pública da nulidade absoluta, trazendo situações que evidentemente extrapolam o interesse pessoal, devendo ser, de plano, repelida e afastada do direito.

2.2 A anulabilidade ou nulidade relativa

Diante do exposto, ressalta-se que o rigor metodológico norteado pelo método indutivo proposto no presente trabalho consiste na análise da especificidade para construir uma proposição geral, uma verdade universal. Por essa razão, não foge do zelo exigido pelo método científico analisar as características que se extrai dos casos especificados pelo legislador para enfim se determinar quais são de fato as características da anulabilidade e da nulidade, como será visto a seguir.

2.2.1 Do Erro ou Ignorância

O Código Civil, como visto, prevê na Seção 1 do Capítulo IV o erro ou ignorância como defeito do negócio jurídico.

Conforme a previsão legal, são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio³⁰, sendo, para tanto, o erro substancial existente³¹ quando:

I- interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II- concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III- sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

O erro ou ignorância protege os interesses do contraente que apesar de efetivamente declarar sua vontade, teve o motivo determinante para firmar o ato baseado em erro substancial. É evidente a natureza particular do vício em questão,

³⁰ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 138.

³¹ Ibidem. Art. 139.

pois, sem que seja alegado, sequer será possível que o julgador saiba que se trata de uma declaração de vontade viciada, o que impede não apenas o seu reconhecimento de ofício, mas também atrai a incidência de prazo prescricional e a necessidade de legitimidade, não sendo arguível pelo Ministério Público e pelo terceiro não interessado. Também como efeito do inerente interesse particular depreende-se do art. 144 do mesmo código que “o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”. É dizer que, devido à natureza de interesse particular da invalidade, as partes podem ratificar o negócio jurídico, garantindo a produção de efeitos.

2.2.2 Do Dolo

O dolo, conforme o art. 145³² do Código Civil é causa que torna anulável o negócio jurídico, não sendo ele, portanto, por si só o vício, mas o fato causador. Nesse sentido, como inexiste no código o que seria considerado dolo, tem-se, um conceito jurídico aberto que, portanto, carece de definição.

A esse respeito, Álvaro Villaça define o dolo como sendo “o comportamento voluntário de induzir alguém em erro, uma atuação intencional e específica, nesse sentido, não somente uma genérica ação de má-fé”³³, já Tartuce³⁴ entende que “o dolo pode ser conceituado como o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio”, destacando que “o dolo é a arma do estelionatário”. Pode-se definir o dolo, portanto, como a ação maliciosa e, portanto, de má-fé que induz, como causa principal, um contraente a firmar negócio que normalmente, ou seja, sem a influência do dolo, não firmaria.

³² BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo quando este for a sua causa.

³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 437.

³⁴ TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 392.

O Código Civil ainda prevê a figura do dolo accidental, que ocorre quando o dolo não é a característica principal que leva ao pacto, de modo que o negócio jurídico seria realizado ainda que sem a sua influência, embora por outro modo³⁵.

2.2.3 Da Coação

Dos artigos 151 a 155 do Código Civil tem-se a coação, que, tal qual o dolo, não é em si um vício, mas o fato causador, a qual também não possui definição pelo legislador, sendo um conceito jurídico aberto.

Nesse sentido, Clóvis Beviláqua separa a coação em coação moral (*vis compulsiva*) e coação física ou violenta, a qual também é por vezes chamada de coação absoluta (*vis absoluta*). Segundo o jurista, a coação moral “é um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o ato, que lhe é exigido”, enquanto a coação física ou violenta “consiste no desenvolvimento da força, a que não pode resistir o paciente, tolhe, por completo, a liberdade, faz desaparecer a vontade, e, conseqüentemente, não permite que o ato jurídico se forme”³⁶.

A separação é válida pois é evidente que a coação que trata o Código Civil é a coação moral ou *vis compulsiva*, isso porque, há declaração de vontade que se encontra viciada pela pressão psíquica que sofre o contraente. Por outro lado, na *vis absoluta*, sendo a pessoa constrangida violentamente pela força, ou seja, extrapolando o lado ameaçador inerente à coação, não se pode afirmar sequer que há vontade, e, portanto, não se preenche sequer os requisitos da existência.

A esse respeito, como afirmado por Tartuce, há divergência doutrinária a respeito da natureza da *vis absoluta*, e, portanto, “a coação física pode ser tratada tanto como motivo de nulidade absoluta como de inexistência do negócio jurídico”³⁷. Assim, como expoente da doutrina majoritária, destaca-se Renan Lotufo, segundo o qual:

³⁵ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 301/302.

³⁷ TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 398.

Optou o legislador por não mencionar a coação física, que é o desenvolvimento de força material a que não pode resistir o paciente, tolhendo inteiramente a sua liberdade, não permitindo a formação do negócio, razão pela qual não pode e não deve ser tratado no plano da validade, sendo considerado negócio inexistente. A coação absoluta tem sua maior regulamentação na esfera penal.³⁸

Independentemente de ser considerado inexistente ou nulo o negócio jurídico firmado sob coação física, não se dúvida, e nisso, como visto, não discorda a doutrina, que a *vis absoluta*, dada a sua gravidade, jamais será causadora de mera anulabilidade do negócio jurídico, já que é inadmissível permitir que o negócio jurídico gerado sob sua influência produza efeitos e integre o direito.

2.2.4 Do Estado de Perigo e da Lesão

Verifica-se o estado de perigo, conforme a previsão legal, quando “alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”³⁹. É curioso observar que ao contrário dos demais defeitos comentados, o estado de perigo, tal qual a lesão, possui definição pelo legislador. Não é dizer que inexistente no estado de perigo conceito jurídico aberto, mas, para além de simplesmente pontuar que o vício em questão é capaz de invalidar o negócio, o legislador tratou de especificar quando ele acontece.

Em suma, no estado de perigo um dos contraentes, por estar em situação de perigo conhecido pela outra parte, assume obrigação que é excessivamente onerosa. Os conceitos abertos, são, portanto, necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, grave dano, e obrigação excessivamente onerosa.

Já a lesão caracteriza-se quando alguém “sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”⁴⁰. Aqui, os conceitos jurídicos abertos são premente necessidade ou inexperiência e prestação desproporcional ao valor da prestação oposta.

³⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004. P. 395.

³⁹ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 156.

⁴⁰ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 157.

Apesar da evidente similaridade existente entre os institutos da Lesão e do Estado de Perigo⁴¹, eles não se confundem. Entre as diferenças, pode-se destacar, por exemplo, que o estado de perigo carece primordialmente de um elemento subjetivo, qual seja, um dos contraentes deve saber que o outro necessita salvar-se ou salvar pessoa de sua família de grave dano, enquanto na lesão, a “premente necessidade” não precisa ser conhecida pela outra parte, mesmo porque, pode até mesmo ser substituída pela mera inexperiência.

Há, contudo, que se destacar o equilíbrio contratual como elemento objetivo comum a ambos os institutos, sendo representado de um lado pela “obrigação excessivamente onerosa” e pelo outro, pela “prestação desproporcional ao valor da prestação oposta”. Ambos os conceitos dizem respeito ao equilíbrio contratual, mesmo que se possa assumir que no estado de perigo não se fala necessariamente em contrato comutativo. É dizer que a onerosidade excessiva também comporta desproporção, ainda que em negócio unilateral, como na promessa de recompensa ou doação. Nesse sentido, Fernando Noronha, discorrendo a respeito do princípio da justiça contratual, afirma que os contratos em que se encontra configurada a lesão ou o estado de perigo são manifestamente iníquos, faltando a eles “condições para a realização da justiça formal, e não que a vontade do prejudicado seja propriamente defeituosa”⁴².

De fato, a vontade, por si só, não se mostra defeituosa até que cessado o estado de perigo, a premente necessidade ou demonstrada a inexperiência, tem-se revelado o critério objetivo da desproporção contratual⁴³. É por essa razão que não

⁴¹ A esse respeito, Anderson Schreiber afirma que “para muitos autores, trata-se (o estado de perigo) tão somente de uma especificação do instituto da lesão, mas nosso Código Civil cuida dos dois defeitos em separado, ainda que com notáveis semelhanças” (SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 387)

⁴² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 235

⁴³ A esse respeito, destaca NORONHA que “Mesmo que o Projeto de Código Civil persista em incluí-los entre os ‘defeitos do negócio jurídico’, em rigor não se pode falar aqui em vícios do consentimento, em divergência entre vontade e declaração. Temos que o aspecto fundamental aqui é a patente situação de injustiça substancial, por isso, fala-se mesmo, no estado de perigo em ‘obrigação excessivamente onerosa’ e, na lesão, em ‘prestação manifestamente desproporcional’. É esta situação de injustiça, que é preciso demonstrar, que constitui o verdadeiro fundamento da anulabilidade do negócio celebrado. (Ibidem. p. 235).

se mostra essencial destrinchar cada um dos conceitos abertos acima destacados, basta discorrer a respeito da obrigação excessivamente onerosa.

Sendo assim, ressalta-se que, como destacado na parte introdutória deste estudo, não se pode ignorar que a evolução da teoria contratual trouxe importante desenvolvimento principiológico que alterou fundamentalmente a visão clássica dos contratos. É dizer que o pacto não importa tão somente aos contraentes com ilimitado suporte estatal para execução das condições acordadas, em clara e clássica aplicação do princípio *pacta sunt servanda*. Pelo contrário, apesar de serem os limites especificamente pactuados ainda o mais importante fundamento da interpretação dos contratos⁴⁴, é imposição da nova concepção a observância de critérios externos tanto ao pacto em si quanto às partes, de modo que se deve também “atingir à justiça social, buscando atingir o equilíbrio, a proporcionalidade, a repulsa ao abuso, a segurança jurídica e o bem comum”⁴⁵.

Além destes propósitos, forçoso destacar o princípio da conservação dos contratos, presente em diversos dispositivos legais, dentre os quais, destaca-se inicialmente o art. 144 do Código Civil⁴⁶, que tal qual acima analisado, também é uma das fontes legais do interesse particular inerente à anulabilidade. A diferença da tratativa que se dá entre interesse particular e princípio da conservação dos contratos é a vinculação do julgador. Isso porque, no caso do erro, se o contraente aceitar executar a vontade real do manifestante, a parte não mais terá direito à anulação do negócio, o que evidentemente impede o reconhecimento da anulabilidade pelo juiz.

⁴⁴ Mesmo porque, como visto alhures, a base da formação de contratos é a vontade, logo, de rigor que o principal fundamento de interpretação dos contratos seja o conjunto de cláusulas efetivamente pactuadas. A esse respeito, a lei nº 13.874/2019, conhecida como lei da liberdade econômica, incluiu no Código Civil o art. 421-A em que há a previsão de que presumem-se paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, somente sendo possível afastar tal presunção com elementos concretos e, ainda assim, observando que “as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução” (inciso I), o que evidentemente traz ainda mais força à vontade reduzida a termo, mesmo quando constatado o desequilíbrio.

⁴⁵ GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Planos de Saúde: A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde**. Leme – SP: JH Mizuno, 2016. p. 146.

⁴⁶ Reforço que mencionado dispositivo prevê que “o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”.

Da mesma forma, o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor prevê que é um direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão [...]”, e, o art. 51, §2º, traz que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Sendo assim, é imperativo da conservação dos contratos que antes de anular o negócio devem as condições pactuadas serem ajustadas de modo a representar a verdadeira vontade das partes mantendo o vínculo contratual.

Quando se aplica o princípio da conservação dos contratos nos vícios ora analisados, resta que a consequência de ser o equilíbrio contratual o principal fundamento para que se reconheça a ocorrência de lesão ou estado de perigo é que, o desequilíbrio pode ser revertido e assim deverá ser feito antes que se proceda a anulação do negócio. Com efeito, o art. 157, §2º, do Código Civil prevê justamente que não será decretará a anulação do negócio “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

Não se ignora que o supratranscrito art. 157, §2º diz respeito apenas à lesão, ocorre que, na III Jornada de Direito Civil, coordenada pelo saudoso Min. Ruy Rosado de Aguiar, o Conselho da Justiça Federal editou o enunciado nº 148 em que há a previsão de aplicação análoga no estado de perigo: “ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no §2º do art. 157”.

Aqui evidencia-se que quando se fala em desproporção no contexto da anulabilidade, não se mostra razoável decretar a anulação do negócio jurídico sendo que antes é possível mantê-lo apenas ajustando o pacto e atingindo o equilíbrio contratual.

2.2.5 Da Fraude contra credores

Até então, nos vícios acima vistos, é possível correlacionar o defeito previsto pelo legislador e algum elemento de vontade. No erro ou ignorância, a vontade visava outro objeto, outra pessoa ou outras características para estas e para o negócio jurídico que não aquelas que de fato foram pactuadas. No dolo, a vontade é defeituosa pois opera-se mediante o artifício ardid de outrem. Na coação, a

vontade é defeituosa pois não visa o negócio jurídico e seu conteúdo, mas sim afastar o dano iminente. No Estado de Perigo, da mesma forma, apenas se assume obrigação excessivamente onerosa com outro fim pois a vontade de fato é de salvar-se ou a pessoa de sua família. E, por fim, na Lesão, a premente necessidade ou inexperiência impedem a constatação de que se estava assumindo obrigação desproporcional, sendo pressuposto que a vontade de celebrar o negócio não subsistiria sem a premente necessidade ou inexperiência.

Ao contrário dos demais vícios acima tratados, na fraude contra credores não haverá um defeito de vontade. Esta, pelo contrário, é exatamente aquela que se materializou no pacto, contudo, o negócio em si já representa uma conduta contrária aos legítimos interesses do credor. A esse respeito, Clóvis Beviláqua leciona que “na fraude, o ato é, psicologicamente, perfeito; macula-o, porém, o intuito moral”⁴⁷. Renan Lotufo, por sua vez, entende que “há perfeita correspondência entre a vontade interna e a sua declaração, mas é avessa à lei, ou à boa-fé” e conclui com o fundamento pelo qual a fraude contra credores é chamada de vício social: “São manifestações que não comprometem a manifestação de vontade, mas a ordem jurídica”⁴⁸.

Dessa forma, sendo o credor quem de fato é lesado pelo negócio jurídico, o art. 158 do Código Civil prevê que é dele a legitimidade para requerer a anulação de atos praticados pelo devedor já insolvente, ou reduzido à insolvência pelo negócio que se pretende anular⁴⁹. A anulação, no entanto, pode ser impedida pelo adquirente, se ainda não tiver efetuado o pagamento ao devedor insolvente, nos moldes do art. 160 do CC/02, que prevê que o adquirente poderá efetuar depósito em juízo citando todos os interessados, o que demonstra, como já visto, a característica particular da anulabilidade. De fato, o credor é prejudicado pela venda dos bens pois o devedor insolvente justamente deixará de pagá-lo, portanto, se o

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 308.

⁴⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004. P. 424.

⁴⁹ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. §1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

adquirente deposita em juízo o montante pelo qual adquiriu os bens do devedor, é evidente que se afasta o prejuízo do credor, impedindo a violação da ordem jurídica.

2.2.6 Características da anulabilidade

Acima viu-se os vícios que são capazes de tornar anulável o negócio jurídico conforme o art. 171, inciso II, do Código Civil. Além disso, traz o inciso I, que também é anulável o negócio jurídico “por incapacidade relativa do agente”. Dentre todas estas hipóteses, o que se tem em comum, como acima já afirmado, é justamente o caráter particular do vício que anula o negócio.

É por essa razão que pode ser confirmado pelas partes (art. 172 do CC/2002⁵⁰), inclusive de forma tácita, quando há a execução voluntária do negócio (art. 174 do CC/2002⁵¹); pode ser autorizado pelo terceiro, quando for esta a causa do vício (art. 176 do CC/2002⁵²); a pronúncia pelo Juízo tem efeito *ex nunc*, ou seja, somente produz efeitos após ser julgada; não pode ser pronunciada de ofício; somente os interessados serão legítimos para alega-la; somente aproveita a quem alegou a anulabilidade (art. 177 do CC/2002⁵³); e decai o direito para pleitear a anulabilidade em quatro anos (art. 178 do CC/2002⁵⁴).

2.3 Da Nulidade

O Código Civil no art. 166 traz um rol de situações em que o negócio jurídico será considerado nulo. Além disso, no art. 167 há a previsão de nulidade do negócio jurídico simulado. E, de forma especialmente importante ao trabalho em tela, há previsão de nulidades na legislação consumerista, na forma das abusividades contratuais. Assim, vejamos as características das nulidades.

⁵⁰ *Ibidem*. Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

⁵¹ *Ibidem*. Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

⁵² *Ibidem*. Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

⁵³ *Ibidem*. Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

⁵⁴ *Ibidem*. Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico [...].

2.3.1 Do rol previsto no Código Civil

O primeiro inciso do art. 166 do Código Civil traz que é nulo o negócio jurídico quando for “celebrado por pessoa absolutamente incapaz”. Dessa forma, será nulo o negócio quando praticado por menores de 16 (dezesesseis) anos, conforme prevê o art. 3º do CC/2002⁵⁵. Pode-se dizer que os defeitos que serão vistos nas causas de nulidade são consideravelmente mais graves que os vícios que provocam a anulação, e, já nesta primeira hipótese, vê-se que o negócio é celebrado por pessoa que não tem capacidade para exercer os atos da vida civil. Portanto, evidentemente, esse vício interessa ao ordenamento jurídico como um todo, uma vez que o absolutamente incapaz não pode subscrever diretamente negócio jurídico, sequer assumir obrigações, além de, por consequência lógica, a nulidade em questão envolver interesse de menor.

Já o inciso II, traz que é nulo o negócio jurídico quando “for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”. A esse respeito, Renan Lotufo explica que “objeto lícito é aquele contrário ao Direito, portanto ofende não só a lei como também a moral e os bons costumes”⁵⁶. Neste ponto, tem-se que a nulidade em decorrência do objeto torna nulo negócios jurídicos que seriam impossíveis de determinação judicial pelo seu cumprimento, seja pela impossibilidade de fato física, lógica ou meramente moral, por aviltar os bons costumes.

No inciso III, tem-se nulidade no negócio jurídico quando “o motivo determinando, comum a ambas as partes, for ilícito”. Neste ponto, cumpre destacar que o art. 140 do Código Civil traz que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Nesse caso, sendo vício da declaração de vontade, insere-se na categoria “erro ou ignorância”, sendo anulável o negócio. Já, no art. 166, III, tem-se maior gravidade na motivação pois ela é ilícita, e, portanto, jamais tocará o direito.

O inciso IV, traz que será nulo o negócio jurídico quando “não revestir a forma prescrita em lei”. Neste ponto é essencial destacar que a forma prevista como

⁵⁵ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

⁵⁶ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004. P. 438.

elemento de validade do contrato, ou seja, que provoca a sua nulidade, não se confunde com a forma enquanto requisito de existência do negócio. Eis que, a forma enquanto requisito de existência não carece de requisitos, admitindo todo meio pelo qual torna-se clara a manifestação de vontade. Por outro lado, a forma revestida em lei, quando não observada encerrará nulidade do negócio. Um clássico exemplo é a compra e venda de imóvel verbal, existe negócio, mas não será válido.

Em suma, o que se vê no inciso IV, é o mesmo que se observa no inciso V, em que há a previsão de nulidade quando “for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Nestas hipóteses o legislador está deixando claro que quando há previsão de forma ou solenidade para realização de determinado negócio, deverá ela ser observada. A rigor, forma ou solenidade são elementos *ad probationem* do negócio, ou seja, visam comprovar com caráter de certeza a sua existência e a das suas condições perante o Juízo, daí, portanto, a importância de serem observadas as formalidades.

No inciso VI, o legislador previu que será nulo o negócio jurídico quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Sequer carece de grandes digressões, de fato, o negócio quando lesivo a terceiro juridicamente interessado com base em crédito, será anulável justamente por este terceiro, nos moldes da fraude contra credores. Por outro lado, o ordenamento jurídico não pode e não permite que o negócio jurídico vise fraudar lei imperativa, taxando-lhe como nulo.

Finalizando o rol do art. 166, prevê o inciso VII, que é nulo o negócio jurídico quando “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. É o caso, por exemplo, do art. 548 do CC/2002, que prevê que “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. Fora do Código Civil é possível citar o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que prevê um rol de cláusulas “nulas de pleno direito”. E, na mesma linha, também aqui se enquadra o que dispõe o art. 167 do CC/2002, que será objeto de profícua análise a seguir, cuja redação é a seguinte: “É nulo o negócio jurídico simulado [...]”.

2.3.2 Da Simulação

Como visto, o Código Civil traz no art. 167 que o negócio jurídico simulado é nulo, no entanto, subsiste o dissimulado, caso ele seja válido na

substância e na forma. Quanto a definição de simulação, o §1º do mesmo artigo traz as seguintes hipóteses:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. §1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Com efeito, o que se verifica da redação do dispositivo supratranscrito é que o legislador positivou a visão doutrinária de simulação absoluta e relativa. Em suma, a diferença entre ambas as espécies é até mesmo dedutível. Na simulação relativa, tem-se a simulação no negócio jurídico aparente, que serve justamente para acobertar um outro que é aquele que realmente se deseja a produção de efeitos. Um clássico exemplo de simulação relativa é a doação disfarçada de compra e venda, em que jamais haverá o pagamento do preço, mas a propriedade da coisa de fato é transferida. Por outro lado, na simulação absoluta tem-se que sequer o negócio aparente representa a vontade das partes e sequer visa acobertar outro negócio. Em verdade, como destaca Pablo Stolze e Pamplona Filho: “Cria-se uma situação jurídica irreal, lesiva do interesse de terceiro, por meio da prática de um ato jurídico aparentemente perfeito, embora substancialmente ineficaz [...] Trata-se de um verdadeiro jogo de cena”⁵⁷.

É imperioso destacar que a simulação não é tratada pelo legislador do Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, tal qual o legislador de 1916, que, além das hipóteses acima destacadas, ainda previu que “a simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”⁵⁸. Em outras palavras, além da simulação como temos no Código Civil vigente, o legislador de 1916 consignou que seria necessário para que a simulação se consubstancia-se

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. vol. 1. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 465

⁵⁸ O trecho citado é do art. 103 do Código Civil de 1916, sendo destacável que os “casos do artigo antecedente”, se refere aos incisos do art. 102, cuja redação comporta pequenas alterações e que não representam qualquer mudança de sentido quando comparados com os incisos do art. 167 do Código Civil de 2002, que foram transcritos no texto.

como defeito, a má-fé⁵⁹. Além disso, por ser um defeito meramente anulável, no CC/1916 o legislador previu legitimados que poderiam “demandar a nulidade dos atos simulados”, sendo eles: “os terceiros lesados pela simulação, ou representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda”⁶⁰.

A grande diferença que se vê, portanto, da previsão no código anterior ser de anulabilidade e no atual ser de nulidade é justamente o conhecimento pelo juiz. Eis que, o art. 168 do CC atual traz que as partes interessadas ou o Ministério Público podem alegar as nulidades, inclusive a simulação, sendo destacável que no parágrafo único deste dispositivo tem-se que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes” (destaque próprio).

Ora, aqui reside justamente um dos principais pontos que diferencia anulabilidade de nulidade: o conhecimento de ofício pelo juízo. Como já visto, sendo as nulidades aberrações jurídicas e que não tocam o direito em momento algum, sempre que o juiz conhecer de negócio jurídico nulo, o legislador previu que é seu dever funcional pronunciá-las, não lhe sendo permitido supri-las.

2.4 COMPARATIVO ENTRE ANULABILIDADE E NULIDADE

Do exposto, pode-se concluir, portanto, que grande parte das características da nulidade e da anulabilidade são diametralmente opostas. Para nulidade, portanto, consideraremos como principais características: (i) o interesse público; (ii) não é passível de confirmação pelas partes e não pode ser suprida pelo julgador; (iii) as partes, o terceiro interessado e o Ministério Público podem argui-la e pode ser pronunciada de ofício pelo julgador; e (iv) não se sujeita a prazo prescricional. Por outro lado, para a anulabilidade, serão considerados: (i) interesse particular; (ii) passível de confirmação pelas partes; (iii) somente os interessados

⁵⁹ Nesse sentido, Anderson Schreiber destaca que o Código Civil de 16 “determinava que somente a simulação maliciosa gerava a anulabilidade do negócio jurídico, sendo inócua a simulação inocente”. SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.410.

⁶⁰ BRASIL. Código Civil, Lei 3.071, de 1916. Art. 105.

podem argui-la e somente aproveita a quem o fizer; e (iv) decai em quatro (art. 178 do CC/2002⁶¹) ou dois anos (art. 179 do CC/2002⁶²) o direito de pleiteá-la.

⁶¹ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico [...].

⁶² Ibidem. Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

3 DA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS EM CONTRATOS MANTIDOS COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

As mais brandas e protecionistas regras do Código de Defesa do Consumidor apenas incidem em relações de consumo assim definidas logo no primeiro capítulo da Lei nº 8.078/90, com o conceito de consumidor e de fornecedor. Assim, conforme define Rizzatto Nunes, a natureza jurídica da relação será de consumo sempre que se puder identificar em um dos polos o consumidor e no outro um fornecedor⁶³.

Apesar de o CDC trazer disposições a respeito de sua incidência de forma direta e objetiva, há margem suficiente para discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua aplicação. Boa parte das discussões que sobrevêm ao *códex* advém da tentativa profissional de atrair a incidência das normas protecionistas a certas relações. É em razão disso que o Superior Tribunal de Justiça, assim como visto na parte introdutória deste estudo, possui diversos julgados, alguns até sob o rito dos repetitivos, para a sedimentação da aplicabilidade ou não do CDC a certas relações.

Nesse sentido, ampla foi a discussão a respeito da incidência ou não das normas consumeristas aos bancos, apesar do art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁴ trazer que as atividades de natureza bancária são consideradas como “serviço”, e, portanto, naturalmente atrair a conclusão de que as instituições financeiras são fornecedoras. Essa é, inclusive, a linha de raciocínio adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados⁶⁵ que enfim culminou na Súmula 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

⁶³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 83.

⁶⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços [...] §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁶⁵ A título exemplificativo tem-se o REsp 57974/RS julgado pela Quarta Turma de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 175795/RS julgado pela Terceira Turma de relatoria do Min. Waldemar Zveiter e REsp 106888/PR julgado pela Segunda Seção do STJ de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha.

Digno de nota destacar que a matéria também foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal em que se sustentava violação do art. 5º, inciso LIV e art. 192, incisos II e IV da Constituição Federal. Na oportunidade o STF concluiu que “As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”⁶⁶. Sendo assim, por óbvio, sendo aplicável o CDC às relações consumeristas com instituições bancárias, tem-se que as cédulas de crédito bancário, se firmadas com consumidor, devem respeito irrestrito ao que prevê o *códex* consumerista no Capítulo VI, com relação à proteção contratual.

Do capítulo mencionado destaca-se o rol de cláusulas abusivas prevista no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput*, vale dizer, prevê que as cláusulas que se subsomem à descrição ali encontrada, são nulas de pleno direito. Dentre referido rol destaca-se o inciso IV em que se encontra a previsão de que são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Como se vê, o supratranscrito inciso utiliza dos conceitos abertos “iníqua” e “abusiva” para descrever as obrigações que seriam nulas, o que, portanto, naturalmente atrai o poder jurisdicional para, nas análises casuísticas, determinar o que pode ser ou não considerado abusivo. Ressalta-se que há ainda o conceito aberto “desvantagem exagerada”, o qual também atrai a análise do caso concreto, contudo, no art. 51, §1º há a previsão de casos em que a vantagem é considerada

⁶⁶ Mencionada conclusão foi dada pelo Tribunal Pleno do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/DF no acórdão cuja ementa colaciono a seguir: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA À DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. [...] (ADI 2591, Rel. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481).

exagerada, dentre os quais, destaca-se como essencialmente relevante ao presente estudo o inciso III, em que há a previsão de que é exagerada a vantagem que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Os dispositivos acima mencionados, a dizer, o art. 51, inciso IV e o art. 51, §1º, inciso III, foram destacados pois se revelam presentes em todas as cláusulas abusivas em que se relacionam instituições financeiras e consumidor. Isso porque, sendo a prestação de serviço bancário o principal serviço desempenhado pelas instituições financeiras, e, sendo, portanto, o crédito o seu principal produto, tem-se que as cláusulas abusivas em contratos bancários se relacionam intimamente com a saúde financeira dos consumidores, de modo que a abusividade, na ampla maioria das vezes, está intrinsecamente ligada à quantia devida às instituições financeiras, e, com isso, há íntima ligação com o projeto de justiça social e da função social do contrato adotados pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como visto alhures, o presente estudo busca estabelecer uma proposição universal, e, portanto, ao fim, não importará a natureza da abusividade contratual. Vale dizer, o tema em tela ultrapassa a configuração da abusividade para apenas atribuir-lhe característica. No entanto, partindo do específico para geral, destacam-se dois casos que são hoje pontos pacíficos na jurisprudência e que compreendem os chamados encargos de normalidade contratual: a capitalização dos juros remuneratórios e a limitação da taxa de juros remuneratórios.

3.1 Juros Remuneratórios

Inicialmente, a respeito dos juros remuneratórios, tem-se que o tema foi objeto de orientação do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.061.530/RS com temas repetitivos nº 24 a 36. Na ocasião, o colendo STJ enfrentou diversas matérias de natureza bancária que encerrou em 5 orientações jurisprudenciais, dentre as quais destacam-se aquelas a respeito dos remuneratórios. Em partes, o julgado acima mencionado foi assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO

BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. [...] ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. [...] (REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.) (destaquei).

Pois bem, é evidente que a taxa de juros carrega o condão de onerar o contrato mantido com instituição financeira face ao consumidor, de modo que a sua pactuação, se em patamar exagerado, coloca o consumidor em desvantagem exagerada. Nesse sentido, seria a cláusula que estabelece juros abusivos, nula de pleno direito, conforme o *caput* do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, pois, enquadra-se no supratranscrito inciso IV do mesmo dispositivo.

Assim, quanto a limitação da taxa de juros remuneratórios, sabe-se que o Decreto nº 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, estabelece em seu art. 1º que é vedado estipular juros, em quaisquer contratos, superior ao dobro da taxa legal, que era, quando da edição da lei, de 6% ao ano⁶⁷. Com o julgamento ora em comento, o STJ fixou o entendimento que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”, contudo, também solidificou a interpretação que “é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade [...] fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto”.

Nesse sentido, é imperioso mencionar que antes mesmo do julgamento do REsp nº 1.061.530/RS, cuja ementa foi acima colacionada, já em 2003, o próprio STJ já tinha ampla jurisprudência que adotava a taxa de juros média do mercado como base para análise de abusividade das cláusulas de juros remuneratórios⁶⁸:

DIREITO COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente

⁶⁷ BRASIL. Código Civil, Lei 3.071, de 1916. Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

⁶⁸ A adoção deste referencial como ponto de partida para a existência ou não de abusividade, mesmo após o entendimento pela maioria na Segunda Seção, foi objeto de críticas dentro do próprio Tribunal pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, que apesar de seguir a jurisprudência, não deixava de expressar o seu descontentamento com o posicionamento eminentemente contrário aos interesses dos consumidores. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho retirado do seu voto proferido no REsp nº 439.828/RS: “O entendimento que hoje predomina na Segunda Seção é francamente favorável à cobrança dos juros de acordo com os índices fixados pelos bancos, sem outro limite senão a taxa média de mercado e sem possibilidade de sua revisão pelo juiz, salvo quando o mutuário comprovar que o banco está cobrando dele mais do que cobra de outro, em situação similar. Como dificilmente ocorrerá tal hipótese (e, caso ocorra, implica indevida transferência ao mutuário da carga da prova do abuso, a ser feita possivelmente em perícia de difícil e onerosa realização), o resultado prático daquele julgamento é a liberação dos juros, sejam remuneratórios, sejam moratórios, sem nenhum controle efetivo. Controle administrativo não existe, pois não se conhece limite imposto pela autoridade administrativa, e o controle judicial fica agora condicionado a uma prova irrealizável ou de difícil realização. Todos sabemos que as taxas praticadas no Brasil chegam a resultados muitas vezes absolutamente inaceitáveis do ponto de vista ético. É certo que a Escola de Chicago prega a ‘interpretação econômica do contrato’, com absoluta submissão ao interesse do mercado, mas é inaceitável proibir ao juiz corrigir o evidente excesso presente no caso submetido a seu julgamento, apenas porque se trata de um abuso praticado massivamente contra todos”. (REsp 439.828/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22/04/2003, DJ 02/06/2003, p. 301).

discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 407.097/RS, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 12/3/2003, DJ de 29/9/2003, p. 142.)

Da decisão acima ementada, deve-se ressaltar que a taxa de mercado não atua como limitador da taxa de juros a ser aplicada pelos bancos. Mesmo porque, se assim fosse, sequer seria possível estabelecer uma “média”, como destacou a Min. Nancy Andrighi no seu voto no Recurso Especial acima ementado: “Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo”.

Fato é que o Superior Tribunal de Justiça deixou claro que não basta que simplesmente se exceda a taxa de juros média do mercado para que seja considerada abusiva a pactuação, mas sim que se exceda consideravelmente, ou seja, de modo que seja indubitosa a onerosidade excessiva ao consumidor⁶⁹. E, nesse sentido, por envolver matéria fática, apesar de ter o próprio STJ estabelecido critérios para que sejam analisados os juros abusivos, é dos Tribunais Estaduais a soberania para analisar o caso concreto e concluir se há abusividade. Por ser assim, é relevante destacar que nos maiores tribunais do país, a dizer, Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁰, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁷¹ e Tribunal de Justiça de

⁶⁹ Nesse sentido, já decidiu o STJ: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA EMPRÉSTIMO DE CAPITAL DE GIRO. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUFICIENTE. CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA. MP 2.170-36/2001. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DO STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA MÉDIA DO MERCADO. COBRANÇA ABUSIVA. LIMITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 4. A jurisprudência do STJ orienta que a circunstância de a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, à conclusão de cobrança abusiva, consistindo a referida taxa em um referencial a ser considerado, e não em um limite que deva ser necessariamente observado pelas instituições financeiras. [...] (AgInt no AREsp n. 1.726.346/SC, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/11/2020, DJe de 17/12/2020.).

⁷⁰ Apelação – Revisional de Contrato – Parcial Procedência limitando os juros remuneratórios dos contratos a uma vez e meia à taxa média do Banco Central – Apelo da autora buscando a redução do percentual dos contratos a taxa média do mercado – No controle judicial dos juros remuneratórios em contratos celebrados entre instituições financeiras e consumidores, para a configuração da abusividade, adota-se como parâmetro a taxa superior a uma vez e meia à taxa média praticada pelo mercado, divulgada pelo BACEN para a modalidade de contrato em questão. Dessa forma, a r. sentença deve ser mantida, por considerar abusivos os juros que excedam uma vez e meia à taxa média do Bacen, reduzindo-os a esse patamar - Apelo Desprovido. (TJSP. Apelação

Minas Gerais⁷², consolidou-se a jurisprudência no sentido de considerar abusiva a taxa que excede uma vez e meia a média divulgada pelo Banco Central do Brasil.

3.2 Capitalização

Especificamente com relação à capitalização, que nada mais é que a contagem de juros compostos, destaca-se que a Súmula nº 121⁷³ do Supremo Tribunal Federal, aprovada em plenário no dia 13/12/1963, ou seja, antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, prevê que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Como já destacado, sendo a Súmula anterior ao STJ, e, evidentemente tratando-se de matéria infraconstitucional, poderia este último adotar nova jurisprudência. No entanto, ainda que não fosse a jurisprudência favorável à capitalização, tem-se que o legislador do Código Civil de 2002 previu expressamente no art. 591 a sua possibilidade: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

Antes mesmo da vigência do Código Civil, a Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada posteriormente, como MP nº 2.170-36/2001, já previa, no seu art. 5º, que “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior

Cível 1001775-25.2021.8.26.0575; Rel. Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Pardo - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/05/2022; Data de Registro: 26/05/2022) (destaque próprio).

⁷¹ DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MÚTUO BANCÁRIO. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. VALOR SUPERIOR À MÉDIA PRATICADA NO MERCADO NO PERÍODO DO NEGÓCIO NO PATAMAR DE 191%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. [...] 2. É considerada abusiva taxa de juros que supera uma vez e meia a média praticada pelo mercado no período do negócio. [...] (0010924-54.2008.8.19.0206 - APELAÇÃO. Des. Fernando Foch De Lemos Arigony Da Silva - Julgamento: 21/06/2021 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL) (destaque próprio).

⁷² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIOS. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. IMPOSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE NÃO CONSTATADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ADMISSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I- Não será considerada abusiva a taxa dos juros remuneratórios contratada, quando ela for até uma vez e meia superior à taxa de juros média praticada pelo mercado, divulgada pelo BACEN, para o tipo específico de contrato, na época de sua celebração. II- É permitida a capitalização de juros em periodicidade inferior à anual nos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada. III- Recurso conhecido e provido. (TJMG. Apelação Cível 1.0000.22.053671-8/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 20ª Câmara Cível, julgamento em 14/07/2022, publicação da súmula em 14/07/2022) (destaque próprio).

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 121. **Imprensa Nacional**, Brasília, DF, 1964, p. 73.

a um ano”. Assim, justamente com base nas disposições destas medidas provisórias, o Superior Tribunal de Justiça, em 15/06/2015 editou a Súmula nº 539⁷⁴ que permite a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual desde que o contrato seja celebrado com instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional em data posterior ao dia 30/03/2000, data em que entrou em vigor a MP nº 1.963-17/2000, e que conste expressamente cláusula a respeito da capitalização, sendo admitida a mera previsão de taxa anual superior ao duodécuplo da taxa mensal, como expressa pactuação⁷⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, portanto, pode-se afirmar que a incidência de juros capitalizados é permitida, não encerrando qualquer abusividade desde que expressamente previsto no negócio entabulado entre as partes.

3.3 Da Conjuntura Real

Diante dessas considerações, o Juízo, ao se deparar com negócio jurídico celebrado entre instituição financeira, e, portanto, integrante do Sistema Financeiro Nacional, e consumidor, e que contenha cláusula que prevê juros remuneratórios superiores a uma vez e meia a taxa média do mercado e/ou que contenha capitalização sem a expressa previsão, deveria, por reconhecer a existência de interesse público, pronunciá-la, até mesmo de ofício, não lhe sendo permitido supri-la e não oportunizando a confirmação pelas partes. No entanto, é justamente por não ocorrer dessa forma, que, fugindo da literalidade da lei, são anuláveis as cláusulas abusivas.

Eis que, como visto, o art. 169 do Código Civil traz que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Contudo, o art. 170⁷⁶ do CC/2002 prevê a possibilidade de subsistência do negócio

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 539: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/03/2000 (MP. n. 1.963-17/2000, reeditada como MP. n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 15 de junho de 2015.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 541: “A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 15 de junho de 2015.

⁷⁶ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

jurídico nulo, quando ele contiver os requisitos de outro e for possível supor que essa seria a vontade das partes. Nesse mesmo sentido, o art. 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor, consagrando o princípio da conservação dos contratos, prevê que “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Nesse sentido, quando se fala em juros remuneratórios abusivos, apesar de ser a previsão do Código de Defesa do Consumidor a nulidade da cláusula, resta que a aplicação irrestrita da nulidade ensejaria o fim do contrato, nesse caso, por onerosidade à instituição, já que haveria empréstimo, abertura de crédito e financiamentos em geral sem a estipulação de remuneração. A esse respeito, prevê o art. 591⁷⁷ do Código Civil que nos contratos de mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis⁷⁸, presumem-se devidos juros.

Neste contexto, quando se constata a incidência de juros remuneratórios abusivos, a jurisprudência é pacífica no sentido de aplicar a taxa de juros média do mercado, não se admitindo, como visto, manter o contrato sem remuneração, sequer admite-se a resolução do acordo. E, assim, já não se pode falar que a cláusula não é passível de suprimento pelo julgador, muito pelo contrário, opera-se a substituição da taxa de juros abusiva pela média de mercado, que, de acordo com o col. STJ, é o parâmetro a ser observado⁷⁹.

⁷⁷ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

⁷⁸ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

⁷⁹ Nesse sentido, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO JULGADA PROCEDENTE – JUROS – LIMITAÇÃO – Lei nº 4.595/64 que está em vigor e afastou a incidência do Decreto-Lei nº 22.626/33 de todos os contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional – Súmula nº 596 do STF – precedente do STJ julgado em regime de processo repetitivo – taxas de juros prefixadas – hipótese de discrepância dos juros aplicados aos contratos em relação às médias do mercado – abuso reconhecido – redução dos juros às taxas médias de mercado para as mesmas operações – juros considerados abusivos porque superiores, sem justificativa particular, a uma vez e meia a taxa média do mercado – entendimento do STJ nesse sentido – sentença mantida. Resultado: recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000997-29.2020.8.26.0498; Rel. Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Bonito - Vara Única; Data do Julgamento: 27/04/2022; Data de Registro: 27/04/2022) (destaque próprio).

Outrossim, é de se destacar que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de considerar decenal o prazo prescricional aplicável às ações revisionais de contrato bancário, por considerar que são baseadas em direito pessoal:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AGRAVANTE. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o prazo prescricional para as ações revisionais de contrato bancário, nas quais se pede o reconhecimento da existência de cláusulas contratuais abusivas e a consequente restituição das quantias pagas a maior, é vintenário (sob a égide do Código Civil de 1916) ou decenal (na vigência do Código Civil de 2002), porquanto fundadas em direito pessoal. Incidência da Súmula 83 STJ. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 1.678.611/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/11/2020, DJe de 23/11/2020.)

Por si só, referido entendimento pacífico é capaz de afastar a característica de interesse público das abusividades. Além disso, também é afastada a imprescritibilidade e, conseqüentemente, por ser baseada em direito pessoal, é evidente que outra pessoa além do próprio consumidor não terá legitimidade para pleitear a supressão, de forma contrária ao que ocorreria no caso de nulidade, em que, como visto, por sequer tocar o direito, poderia ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público⁸⁰. Corrobora com a conclusão ora exposta a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 926.792/SC, que entendeu que o fiador, que por óbvio é terceiro juridicamente interessado na revisão das condições pactuadas, “não é parte legítima para postular, em nome próprio, a revisão das cláusulas e encargos do contrato principal”⁸¹.

⁸⁰ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

⁸¹ Referido acórdão foi assim ementado: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. PROPOSITURA DA DEMANDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ILEGITIMIDADE ATIVA DO FIADOR. ACESSORIEDADE DO CONTRATO DE FIANÇA. RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL DE NATUREZA DISTINTA DA QUE SE ESTABELECE NO CONTRATO PRINCIPAL. 1. Ação de revisão de dois contratos de mútuo firmados entre a empresa recorrente - que figura no primeiro contrato apenas como fiadora e no segundo como devedora principal - e a Caixa Econômica Federal - credora. Ilegitimidade ativa da fiadora no tocante ao primeiro negócio jurídico e prescrição da

Resta, portanto, apenas uma das características elencadas na seção 1.4 como inerentes à nulidade, qual seja, a possibilidade de ser pronunciada de ofício pelo julgador. A esse respeito, a Min. Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, apesar de ter deixado claro que consequências graves poderiam ser originadas da priorização da norma processual, seu voto restou vencido. Diz-se priorização da norma processual pois o argumento utilizado como sustentáculo para concluir que o julgador não pode conhecer de ofício das abusividades em contratos bancários, ainda que regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é eminentemente processual. Eis, que, o voto que restou vencedor nesse ponto é o do Min. João Otávio de Noronha, que destacou que não seria possível ao julgador conhecer das abusividades sem alegação da parte, afirmando ainda 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”.

Cumprе ressaltar que a Ministra relatora ainda deixou claro em seu voto que o conhecimento e a pronúncia de ofício de abusividades em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor são mera consequência, e,

pretensão relativa à revisão da segunda avença reconhecidas pelas instâncias de origem. 2. Recurso especial que veicula as pretensões de que seja: (i) reconhecida a legitimidade ativa ad causam do fiador para, exclusivamente e em nome próprio, pretender em juízo a revisão e o afastamento de cláusulas e encargos abusivos constantes do contrato principal e (ii) afastado o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão revisional relativa ao segundo contrato bancário em apreço, no qual figurou a autora da demanda como devedora principal da obrigação. 3. A legitimação para agir, que não se confunde com o interesse de agir, é qualidade reconhecida ao titular do direito material que se pretenda tutelar em juízo. Daí porque o fiador, que, como consabido, não pode atuar como substituto processual, não é parte legítima para postular, em nome próprio, a revisão das cláusulas e encargos do contrato principal. 4. A existência de interesse econômico da recorrente (fiadora) na eventual minoração da dívida que se comprometeu perante à recorrida (credora) garantir, não lhe confere por si só legitimidade ativa para a causa revisional da obrigação principal, sendo irrelevante, nesse aspecto, o fato de responder de modo subsidiário ou mesmo solidariamente pelo adimplemento da obrigação. 5. A pretensão revisional de contrato bancário, diante da ausência de previsão legal específica de prazo distinto, prescreve em 10 (dez) anos (sob a égide do Código Civil vigente) ou 20 (vinte) anos (na vigência do revogado Código Civil de 1916), pois fundada em direito pessoal, sendo completamente descabido falar, em casos tais, na aplicação do prazo quinquenal a que se referia o art. 178, § 10, do Código Civil revogado. 6. Recurso especial parcialmente provido para, afastando a prescrição indevidamente reconhecida na origem, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que dê regular processamento ao pleito revisional/repetitório apenas no tocante ao contrato de fls. 210/218 (e-STJ). (REsp n. 926.792/SC, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/4/2015, DJe de 17/4/2015.).

portanto, imposição lógica da natureza das cláusulas abusivas⁸², tendo na ocasião destacado quatro graves consequências desse entendimento:

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. (REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.)

Apesar destes esforços, a Segunda Seção, por maioria, editou a Súmula nº 381, que deu força de lei à interpretação de que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Assim, em manifesto descumprimento às regras que disciplinam a sanção decorrente de nulidade, como destacado pela Min. Nancy Andrighi na segunda consequência supratranscrita, entende o STJ de forma tão alheia à proposição do legislador – de efetiva proteção do consumidor – que não restam mais características de nulidade nas abusividades quando constatadas em contratos celebrados entre instituição financeira e consumidor, sendo, portanto, a hermenêutica capaz de alterar o sentido da nulidade “de pleno direito” prevista no *caput* do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, para, em verdade, considerar anulável a cláusula abusiva.

⁸² A esse respeito, afirmou a Min. Nancy Andrighi, relatora do caso em comento, que “O CDC é categorizado como norma de ordem pública (art. 1º); portanto, todas as suas disposições possuem interesse público que impelem o juiz a atuar de ofício. Além do mais, o CDC adotou a mesma teoria de nulidades que regula os contratos regidos pelo Código Civil, especificando os vícios que são causa de nulidade e que o juiz deve declarar de ofício. A abusividade, por exemplo, é disciplinada como vício de nulidade da cláusula do contrato – art. 51, IV, do CDC”. (REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.)

4 CONCLUSÃO

A partir da detida análise das hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas no Código Civil e do estudo da doutrina relativa à matéria, concluiu-se que quatro são os pontos de confronto relevantes entre a nulidade absoluta e a relativa, sendo elas, para a nulidade: (i) o interesse público; (ii) não admite ratificação e não pode ser suprida pelo julgador; (iii) pode ser arguida pelas partes, pelo terceiro interessado, pelo Ministério Público e pode ser pronunciada de ofício pelo julgador; e (iv) não se sujeita a prazo prescricional; e, para a anulabilidade: (i) o interesse particular; (ii) admite ratificação; (iii) somente os interessados podem argui-la e somente aproveita a quem o fizer; e (iv) decai em quatro⁸³ ou dois anos⁸⁴ o direito de pleiteá-la.

Diante disso, e em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor, que prevê no *caput* do art. 51 que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas firmadas com consumidor, resta que, seriam nulas as cláusulas, por exemplo, que estabelecem juros remuneratórios abusivos (acima de uma vez e meia a taxa de mercado), e, na mesma linha, seria pronunciável de ofício, por consubstanciar-se em prática abusiva, a contagem de juros capitalizados mesmo sem expressa previsão contratual.

Contudo, no decorrer do presente estudo, restou claro que às cláusulas abusivas firmadas por consumidor e instituição financeira não remanesce nenhuma das características dos negócios jurídicos nulos. Pelo contrário, em claro detrimento das mais brandas e protecionistas regras do Código de Defesa do Consumidor, a pesquisa jurisprudencial demonstrada no presente estudo torna indubitoso que os tribunais brasileiros, por força da consolidação da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, não aplicam às abusividades a sanção prevista aos negócios jurídicos nulos.

Nesse sentido, a interpretação dominante dos tribunais brasileiros entende tratar-se de natureza pessoal e privada, estabelecendo prazo prescricional,

⁸³ BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico [...].

⁸⁴ Ibidem. Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

possibilitando a supressão/substituição e vedando a pronúncia de ofício pelo juízo, afastando, portanto, as consequências do reconhecimento de abusividade das cláusulas das que naturalmente seriam aplicáveis às cláusulas nulas, e enquadrando-se em perfeita subsunção às características inerentes da anulabilidade.

Diante disso, considerando que a proposta do presente estudo é o estabelecimento de uma regra universal, e, considerando que demonstrou-se que a posição dos tribunais brasileiros, orientados pelo Superior Tribunal de Justiça, é capaz de alterar a natureza de nulidade das cláusulas abusivas em contratos bancários firmados com consumidor, pode-se concluir e afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, as cláusulas abusivas em contratos celebrados entre instituição financeira e consumidor são anuláveis.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. vol. 1. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Planos de Saúde**: A busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme – SP: JH Mizuno, 2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Nirlene Aparecida. ALONSO, Ricardo Pinha. O Super Lobista: as relações entre lobby e direito tributário nos EUA e no Brasil. *In*: BERTONCINI, Carla, ARANÃO, Adriano, PADILHA Elisângela e PULCINELLI, Ana Luíza Godoy

(coord.) **Direito e Cinema**: Temático em Debate. Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2017, p.286-297.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: volume 3: contratos. 24. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.