
A SÚMULA 381 DO STJ E O RETROCESSO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Summary 381 of the STJ and the Retrospect of Consumer Law in Legal Ordinance

Maria Elisângela Cunha dos Santos¹
Carlos Henrique Passos Mairink²

Resumo: A Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, muito mais que um adensamento de normas, trata-se de uma vontade expressamente constitucional no regramento das relações de consumo. Ele foi pensado, democraticamente discutido e erigido ao plano dos Direitos Fundamentais como norma de ordem pública e interesse social, cujo fito é a segurança jurídica nas relações consumeristas, na defesa do consumidor, no plano da dignidade da pessoa humana. As normas de ordem pública retratam a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Trata-se de um imperativo que deve ser reconhecido de ofício pelo julgador, para que se tenha a correta prestação jurisdicional do Estado-Juiz. A edição da Súmula 381 do STJ que diz que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, colide seriamente com o mandamento da norma imperativa, com o mandamento da norma Constitucional, sobretudo dos princípios fundamentais. O que representa uma séria ameaça ao ordenamento jurídico pátrio. A principal proposta deste trabalho é demonstrar que a aplicação da Súmula 381 do STJ muito mais que insegurança jurídica, ela poderá causar um grande retrocesso do Direito Consumerista. Por tal fato, deve a mesma ser cancelada por aquele Tribunal.

Palavra-chaves: Direitos fundamentais, Súmula, Constituição Federal, Direito do consumidor, Código civil, Código de Processo Civil, Ordem Pública, Jurisprudências.

Abstract: Law 8.078 of September 11, 1990, known as the Code of Consumer Protection, is much more than a consolidation of norms, it is an expressly constitutional will in the regulation of consumer relations. It was thought, democratically discussed and erected to the fundamental rights plan as a norm of public order and social interest, whose goal is legal security in consumer relations, consumer protection, in the dignity of the human person. Public order rules portray the supremacy of the public interest over particular interest. This is an imperative that must be recognized ex officio by the judge, in order to have the correct judicial performance of the State Judge. The edition of Summary 381 of the STJ, which says that “In bank contracts, it is forbidden for the judge to know, on its own, the abusiveness of the clauses”, seriously collides with the command of the mandatory norm, with the command of the Constitutional norm, . This represents a serious threat to the country’s legal order. The main proposal of this work is to demonstrate that

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig. gabriellaferreira_13@hotmail.com

² Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com

the application of the STJ's Precedent 381 much more than legal uncertainty, it could cause a great setback of Consumer Law. Therefore, it must be canceled by the Court.

Keywords: Fundamental Rights, Precedent, Federal Constitution, Consumer Law, Civil Code, Code of Civil Procedure, Public Order, Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, que ao longo do tempo vem se aperfeiçoando gradativamente, tendo como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico de cada época.

A presente monografia tem como tema “A Súmula 381 do STJ e o retrocesso do Direito do Consumidor no ordenamento jurídico”.

O problema aqui enlevado, consiste no texto da Súmula frente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, e ainda, com a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, que neste ato servirão como o referencial teórico, tendo como base as idéias defendidas por Flávio Tartuce.

No entanto, desde já é possível fazer tal questiona: não seria a aplicabilidade da súmula contrária aos imperativos da norma, que possui natureza de ordem pública e interesse social? Se assim for, a sua aplicabilidade não seria um passo atrás no Direito? Acredita-se que sim, e por isto um retrocesso no Direito Consumerista.

Contudo, para responder tal assertiva, será necessário demonstrar que a entrada em vigor do Código de Defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro significou um grande salto, no que diz respeito às questões de ordem pública no direito consumerista, e neste sentido, a adoção de normas contrárias a este salto, representam um significativo retrocesso no ordenamento brasileiro.

Com base no método dedutivo, qualitativo o estudo empregado na pesquisa, demonstrará a evolução histórica do direito do consumidor, a sua constitucionalidade enquanto exigência do poder constituinte, e, por conseguinte a aplicabilidade do CDC nos contratos bancários.

Necessário ainda, a apresentar os argumentos que levaram a edição da referida súmula e que em nada colima com o texto constitucional. E só então, concluir que a sua aplicabilidade consiste em um grandioso retrocesso no Direito Consumerista adotado pelo ordenamento pátrio. E que é o objetivo da presente monografia.

DO DIREITO CONSUMERISTA

Evolução histórica do Direito do Consumidor

Com os olhos voltados para o passado e o presente, pode se afirmar que, “o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico” (PEREIRA, 2009, p 01).

Na acepção de De Plácido e Silva (SILVA, 2006, P. 373), “o contrato possui a ideia do ajuste, da convenção, do pacto ou da transação firmada ou acordada e entre duas ou mais pessoas para um fim

qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

A noção de contrato vem sendo aperfeiçoada, gradativamente, desde os romanos, tendo sempre como embasamento as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época, podendo assim afirmar que o contrato nasce da realidade social.

Na fase romana, a prática contratual não se limitava, era aplicada de acordo com a forma ou pacto previsto. Portanto, sendo essa relação jurídica entre as partes desnuda de forma, não havia tutela processual que assegurasse o direito entre as partes.

Contudo os valores sociais foram mudando com o passar do tempo, havendo assim necessidade de regulamentar as práticas aplicadas. Surge então no século XIX, através do Código francês de 1804 a definição do contrato (LOTUFO, 2011, p. 36) “é uma convenção mediante a qual uma ou mais pessoas se obrigam em relação a uma ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa”.

E assim não poderia deixar de ser. Na ciência jurídica do XIX, “a autonomia da vontade era a pedra angular do direito” (MARQUES, 2011, p. 57). A compreensão de vínculo contratual desse período está centralizada na idéia de valor da vontade, como item principal, como fonte singular e como legitimação para o surgimento de direitos e obrigações advindos da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot, citado por Cláudia Lima Marques (GOUNOT *apud* MARQUES, 2011, p. 57), “da vontade livre tudo procede e a ela tudo se destina”.

A função das leis em relação a estes contratos consistia apenas em proteger esta vontade criadora e garantir a realização dos seus efeitos, pelos contraentes, sem se preocupar com a situação econômica e social destes. Até por que a idéia era de que, o contrato por si só, seria justo e equitativo por sua própria natureza.

(...) a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. (MARQUES, 2011, p. 70).

Na nova concepção, este modelo pode não surtir tanto efeito, ou significar um retrocesso das tratativas, visto que o mundo passa a viver um gigantesco sistema de produção e de distribuição em massa. Desta forma, com a evolução negocial do comércio urge a necessidade de uma nova concepção de contrato, capaz de torná-lo mais eficaz, econômico, prático e seguro.

Para tanto foi desenvolvido uma nova modalidade de contrato, que dispensa toda a fase inicial das tratativas, bem como, a discussão das cláusulas contratuais. Para esta nova modalidade, muitos autores o intitularam como contratos de massa.

Roberto Senise Lisboa (LISBOA, 1997, P. 149) afirma que “o contrato de massa é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podendo chamá-lo de contrato de direitos transindividuais (metaindividuais), difusos ou coletivos, ou ainda, contrato de interesses sociais”.

Dentro deste contexto de contrato de massa, destaca-se o contrato de adesão como sendo um dos contratos mais comuns, nas relações jurídicas de consumo.

O contrato de adesão segundo Aline Arquette (NOVAIS, 2001, p 98), foi denominado primeiramente pelo doutrinador Raymond Saleiles, em 1901, que adveio da chamada massificação das relações no mundo jurídico.

Nessa nova técnica, existe uma pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato, de forma uniforme, que posteriormente é oferecido à simples adesão dos consumidores. Ou seja, o contrato é preparado, impresso por uma das partes, seja ela o fornecedor cabendo ao consumidor, a outra parte, a simples assinatura.

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecida unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varetur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 2011, p. 76).

Habitualmente é nestes tipos de contratos que aparecem os maiores abusos, justamente pelo fato do consumidor, ora aderente, não ter o poder de alterar quaisquer das cláusulas já existentes.

Por esse fato, é que a Constituição Federal em seu art. 5º incisos XXXII; 24, inciso VIII; 150 § 5º; art. 170, inciso V, bem como, no art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), possibilitou a criação de um Código de Defesa do Consumidor, capaz de consolidar um moderno sistema de defesa para o consumidor, sendo assim uma forma de assegurar o direito da parte vulnerável da relação jurídica.

Art. 48 ADCT – O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Logo, em 11 de setembro de 1990, foi editado o CDC, Lei 8.078/90, revolucionando as relações consumeristas vividas na sociedade brasileira, impondo também que, a partir da sua vigência, os produtos e serviços oferecidos deveriam ter um padrão de qualidade, confiabilidade e segurança ao consumidor.

Da aplicabilidade do CDC nos contratos bancários

Os contratos bancários, em regra são essencialmente contratos de adesão, conforme definição de De Plácido e Silva (SILVA, 2006, p. 375), “Contratos bancários são negócios jurídicos, do gênero por adesão, nos quais uma das partes deverá ser empresa autorizada ao exercício de atividades próprias de banco, sem que tenha, pois, necessariamente, a qualidade de banqueiro”.

As relações de consumo de natureza bancária são protegidas pelo CDC, pois, as atividades bancárias estão sujeitas à fiscalização e normatização do Poder Público, sendo dever do Estado, regulamentar e fiscalizar evitando assim a prática abusiva por parte das instituições financeiras.

O CDC tem o papel de regulamentar as relações entre o cliente e a instituição financeira, tendo como princípio basilar a proteção ao consumidor. Neste cenário, temos que a instituição financeira pré-elabora o contrato, cabendo apenas ao cliente, que neste caso figura como consumidor, aderir

à contratação.

Conforme já dito, o CDC preceitua critérios específicos para o funcionamento dos contratos de serviços bancários, que em regra são sempre de adesão, pois estes devem estar sujeitos às normas de ordem pública e de interesses sociais previstas no diploma legal.

Dentro deste mesmo entendimento, o STJ, em 09 de setembro de 2004, editou a súmula 297 com a seguinte redação “O Código de Direito do Consumidor é aplicável Às instituições financeiras”.

Da leitura desta súmula presumi-se que a relação existente entre a instituição financeira e o cliente, na maioria das vezes trata-se de uma relação de consumo, devendo assim aplicar as normas dispostas no CDC.

A propósito, vejamos o entendimento dos renomados Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery citado por Celso Marcelo de Oliveira:

Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários, expressamente previstos no CDC art. 3º§ 2º, mas qualquer outra atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do Código Comercial em seu art.199. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o caput do CDC no art. 3º. Por ser comerciante, o banco entende é sempre fornecedor de produtos e serviços”. (ANDRADE NERY, NERY JUNIOR, apud OLIVEIRA, 2002, p.47).

Portando, devem os agentes financeiros, sem exceção, atentar, no momento da contratação, se foi observado o equilíbrio contratual.

DA EDIÇÃO DA SÚMULA 381 DO STJ

Da argumentação que levou a sua aprovação

Em princípio convém elucidar, que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em matérias que envolvia as cláusulas abusivas nos contratos pautava-se na ampla revisibilidade dos contratos por parte dos juízes de primeiro grau, a ponto de poder conhecer de ofício das nulidades nos contratos bancários. Até porque, o entendimento é de que se trata de norma de caráter público.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. DERROGAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL. O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei (...) (STJ, REsp. 29942/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07/05/2001). (GARCIA, 2015, p. 21)

E por ser norma de ordem pública, são normas de aplicação imperativa que visam direta e essencialmente tutelar os interesses primordiais da coletividade.

A despeito do termo “ordem pública” contida no art. 1º do CDC, Nelson Nery Junior (1992, p. 44-77) possui entendimento de que “nas relações de consumo o juiz pode apreciar qualquer matéria

de ofício, não se operando a preclusão, podendo inclusive, ser revista e decididas a qualquer tempo e grau de jurisdição”.

Este era o entendimento pacificado pelos doutrinadores e que a própria jurisprudência caminhava no sentido. Entretanto, tal entendimento, sofreu abrupta mudança partir do ano de 2009.

Em 2009 o ordenamento jurídico passou a conhecer, nos dizeres de Flávio Tartuce (2016, p. 266) os efeitos da “infeliz Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça”, editada em abril e publicada em 05 de maio daquele mesmo ano.

À época, dentre os diversos recursos apresentados para a análise e julgamento daquele Tribunal, ao ver de muitos especialistas em Direito, como o Procurador do Estado do Espírito Santo, Dr. Leonardo de Medeiros Garcia (2015, p. 21-22), “o que se pôde dar maior importância foi o Resp. nº 1.061.530/RS, que se tratava da matéria de revisional de contratos bancários apresentados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”. Afirmo o autor: “A importância do recurso se deu não pela questão da matéria a ser analisada, mas, sobretudo pelo fato de ter sido julgado em Seção, que contou com o voto de vários ministros da Segunda Seção”. (GARCIA, 2015, p. 21-22).

Segundo o autor (GARCIA, 2015, p. 21-22) o referenciado Resp.1.061.530/RS, julgado através do incidente de processo repetitivo, foi determinante para a pacificação do entendimento que gerou a orientação de nº 5, de disponha “É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.” e que posteriormente acabou-se transformando na Súmula 381, nos seguintes termos: “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Leonardo de Medeiros Garcia registra os motivos que levaram o Tribunal da Cidadania a assim proceder, asseverando que, na ocasião, foram vencidos a Ministra Relatora Nancy Andrichi e o Ministro Luiz Felipe Salomão.

São suas as palavras:

A hipótese decidida pelo STJ referia-se à ação revisional de contratos bancários, na qual o TJ-RS, apreciando recurso de apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença de ofício para declarar a nulidade de cláusulas abusivas, que não haviam sido afastadas pelo juiz de primeiro grau. A instituição financeira argumentou em grau de recurso que, assim, procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado o recurso reformando-o para piorar a situação do banco recorrente. A Segunda Seção do STJ julgou a matéria com fundamento no art. 515 do CPC, acolhendo a tese de não admitir que o tribunal estadual modifique o comando da sentença para favorecer o consumidor, sem que haja interposto recurso. (...) (GARCIA. 2015, p. 21)

Registra-se que, com tal decisão o Superior Tribunal de Justiça vedou a atuação, não apenas os juízes de segundo grau como também os de primeiro grau.

Enfatiza-se, que, para a aprovação da súmula, muitos foram os argumentos empregados pelos ministros, aos quais se podem destacar como à favor, os Ministros Aldir Passarinho, Carlos Fernando Mathias e Fernando Gonçalves. Contra a edição da súmula, se destaca a Ministra Relatora Nancy

Andrighi e o Ministro Luis Felipe Salomão, que como já dito anteriormente, foram voto vencidos.

Dos argumentos favoráveis

Em apertada síntese, o que se pode observar é que, embora tais ministros argumentar de formas diferentes, o resultado vai sempre de encontro ao princípio da imparcialidade do juiz, senão vejamos:

O Ministro Aldir Passarinho caminha no sentido de que “ao permitir que o julgador conheça de ofício, abre-se uma lacuna para uma interpretação subjetiva do que seria ou não abusivo”. (MOREIRA, 2014, p. 8). O que o tornaria parcial no julgamento. “Ele alerta que em certos casos nem o advogado valoriza aquela pretensão, mas os magistrados se valem de teses antiquadas, tumultuando o processo”. (MOREIRA, 2014, p. 8).

Fernando Gonçalves, ministro que apresentou o projeto, “afirma que não recepciona o conceito de hipossuficiente apontado pelo ministro Luís Felipe Salomão e embasou sua rejeição ao conhecimento de ofício em virtude da violação do princípio do *tantum devolutum quantum apelatum*³” (MOREIRA, 2014, p. 8). . Desse modo, a matéria deve ser demonstrada cabalmente no recurso adequado.

O Ministro Carlos Fernando Mathias, na esteira do Ministro Fernando Gonçalves, ressaltou que, embora “a era dos direitos de terceira geração, em que a premissa “contrato faz lei entre as partes” não seja mais sólida, em virtude da derrubada de cânones” (MOREIRA, 2014, p. 9). Desta forma, aceitar a atuação de ofício pelo magistrado deixaria relegado ao segundo plano o princípio do *tantum devolutum quantum apelatum*.

Já, o Ministro João Otávio de Noronha, de forma expressa, evoca a neutralidade do juiz ao conduzir o processo. “No caso da inversão do ônus da prova a favor do hipossuficiente nas relações de consumo, isso decorre da lei e não da sua vontade”. (MOREIRA, 2014, p. 9). Nesse ponto do raciocínio, ele se aproxima do ministro Salomão, no sentido de exigir os critérios da hipossuficiência para deferir a mencionada inversão.

O ministro aponta, ainda, a “Defensoria Pública como instituída para cuidar dos hipossuficientes, e embora não declare explicitamente, entende que esse órgão tem condições de apontar as supostas cláusulas abusivas nos casos em que auxilia. Haveria um teto para o custo dos encargos financeiros, em que seria arbitrário o juiz decotá-los sem dar chance à instituição financeira provar que no caso em tela a taxa seguiu as disposições do mercado e a devida técnica bancária”. (MOREIRA, 2014, p. 9).

Em certo ponto do voto o ministro, o direito do consumidor é tratado como um direito disponível, da mesma forma em que se dá o direito patrimonial: “Oportuno lembrar que, na espécie, estamos tratando de direitos disponíveis e não se pode olvidar que a parte, de regra, sabe o que pode e o que

3 Devolvido, quanto apelado. Princípio segundo o qual o reexame na instância *ad quem* se prende aos pontos objetos do recurso.

não pode contratar e honrar”. (MOREIRA, 2014, p. 9). Nesse caso, entretanto, o distinto ministro empreendeu um erro lastimável, pois, reconhecidamente a proteção constitucional ao consumidor, trata-se de direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Dos argumentos desfavoráveis

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Resp 1.061.530/RS, amparou a revisão *ex officio* das cláusulas consideradas abusivas, pelos magistrados das instâncias inferiores, até mesmo, porque se encontrava pacificado na jurisprudência do STJ o reconhecimento à proteção consumerista.

A Ministra destacou sua preocupação com o julgamento do Resp nº 702.524/RS visto que, a análise empreendida naquele julgamento se deu unicamente na via processual das disposições de ofício (levando a necessidade de pedido expresso), “levando o STJ a decisões antagônicas, visto que em outros casos houve o reconhecimento de ofício”. (MOREIRA, 2014, p. 10)

Primeiramente ela assinalou que o parágrafo único do o artigo 112 do CPC, criado pela Lei 11.280/2006, “trata-se de um reconhecimento do legislador pela proteção consumerista, mesmo que nem todo contrato de consumo seja adesivo”. (MOREIRA, 2014, p. 10)

Art. 112. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu. (BRASIL. Lei. 5.869/1973, p. 270)

E ainda advertiu que o microssistema do CDC está conectado a princípios e normas que orientam o direito brasileiro, sobretudo o Código Civil, constituindo uma dialógica entre as fontes, devida sua aplicação subsidiária às relações de consumo, e que aquele diploma se vale da mesma teoria de nulidades do CCB, apontando os vícios que causam nulidade e devem ser declarados pelo juiz de ofício.

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 (BRASIL. Lei. 10.406/2002, p. 156)

Nesse sentido, entende-se, que, o Código de Defesa do Consumidor é reputado como uma norma ordem pública e guarda forte interesse social, portanto, cabendo ao Poder Judiciário atender a todos os consumidores de maneira igualitária.

A ministra, segundo Moreira (2014, p. 10) relata ainda: “com a edição da súmula, o mecanismo de processos repetitivos perderá sua funcionalidade, em virtude do não reconhecimento de ofício, implicando em diversas ações e recursos, prejudicando a celeridade processual”.

Art. 543-C, § 7º do CPC - Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal. (BRASIL. Lei. 5.869/1973, p. 295)

Por fim, a ministra ainda ressalta que nos argumentos dos ministros, há uma orientação, ainda mais preocupante, que é a própria redação original da súmula: ‘é vedado aos juízes de primeiro e segundo grau, com fundamento no art. 51 do CDC, julgar, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas contratuais’. Segundo a ministra, “leva-se a pensar que tal restrição serviria para outros contratos, além dos bancários” (MOREIRA, 2014, p.11).

Já o ministro Luís Felipe Salomão, revisor do recurso, sinalizou que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendia que o julgamento realizado de ofício prejudicaria o efeito devolutivo previsto no artigo 515 do CPC Art. 515. “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, consolidando tal pensamento no Resp. 702.524/RS.

Contudo, ele reafirma o papel do STJ como guardião da legislação federal, ou seja, para o ministro o STJ é tem a responsabilidade de uniformização da jurisprudência infraconstitucional, entretanto, ressalta que a jurisprudência não deve ser imutável. “Ela deve buscar se aliar a evolução jurisprudencial com a segurança jurídica, e quanto a isso, melhor seria o julgador reconhecer de ofício as cláusulas abusivas”. (MOREIRA, 2014, p. 11).

Segundo Moreira (2014, p. 11), “O ministro aponta quatro artigos do CDC que convergem para esse sentido, que seriam: Art. 51; art. 4º, inciso I; art. 6º, inciso IV e art. 39, inciso IV”.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

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. (...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (...)

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (BRASIL. Lei. 8.078/1990 p. 575-580)

Na leitura combinada dos artigos nota-se a preocupação com o consumidor, obviamente elo mais fraco da relação de consumo, apresentando traços de vulnerabilidade e hipossuficiência.

Para ele, ministro Luiz Felipe Salomão, “seriam reconhecíveis de ofício as cláusulas abusivas nos casos em que o consumidor é hipossuficiente, e até apresenta um exemplo para diferenciar esse termo da expressão vulnerabilidade”.

Basicamente, a vulnerabilidade se estende a todos os consumidores, é universal. Já a hipossuficiência é restrita a determinados grupos, como os que têm saúde frágil, idade avançada, ou, os ignorantes. Desse modo, alguns tratamentos previstos no CDC são oferecidos a eles. (MOREIRA, 2014, p. 11).

E termina suas argumentações comparando a instituição financeira e o consumidor hipossuficiente, lembrando sempre do abismo existente entre eles, o que justifica essa proteção efetiva do Código.

Observa-se, que, ainda que pese o sentido das argumentações dos ministros que defendem a edição da súmula, não é de se negar que com a edição da mesma houve um retrocesso no posicionamento do STJ. Como se sabe, as normas de CDC são de ordem pública e interesse social. Nesse sentido, quando o art. 51 declara que são “nulas de pleno direito” as cláusulas abusivas nas relações de consumo, estas não devem existir no ordenamento. O consumidor é vulnerável na relação com o fornecedor e por isso é necessário permitir que o magistrado intervenha na relação, de ofício, para manter o equilíbrio contratual.

A APLICABILIDADE DA SUMULA 381 DO STJ E O SEU RETROCESSO NO ORDENAMENTO JURIDICO

Ao que se sabe a proteção legal das relações de consumo não é idéia recente, nem mesmo moderna. Altamiro José dos Santos destaca que, já no Código de Hamurabi, isto é, a 2.800 a.C, já era possível o vislumbre desta preocupação, e cita como exemplo a Lei 235 daquele Codex: “o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (...)”(SANTOS, 1987. p. 78-79).

Entretanto, foi na era moderna que essa preocupação tornou-se patente, ou seja, com o advento das sociedades comerciais que passaram a monopolizar o mercado, a produção, o consumo e a contratação massificada, fez com que o consumidor ficasse em desvantagens diante de um fornecedor fortalecido técnica e economicamente. Assim, houve a eliminação do poder de escolha da parte mais vulnerável, e muitas vezes hipossuficiente.

No Brasil, as preocupações com as relações de consumos surgiram nas décadas de 40 e 60 quando foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo, a exemplo, a Lei 1.221/51, a Lei Delegada nº 4/67, bem como a Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969 que consagrou a defesa do consumidor.

Contudo foi a Constituição de 1988, que trouxe a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica a ser respeitado e como dever do Estado a sua promoção e garantia.

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;

Art. 5º (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL. Constituição Federal de 1988, p. 21-172)

Alexandre de Moraes (2007, p. 230) dispõe que se tratando de novidades constitucionais em termos de direitos individuais, o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 demonstra a preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo, e com a necessidade de proteção do hipossuficiente economicamente.

Ainda, segundo o autor (MORAES. 2007 p. 230), a preocupação foi tamanha, a ponto de determinar

ao Congresso Nacional, através do art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o dever de em 120 dias da promulgação da Constituição Federal, elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição Federal de 1988, p. 21-172)

Embora não cumprido o prazo determinado, o Código foi editado, e sua edição tornou-se um marco referencial para as demais legislações, pois, vislumbrou o equilíbrio entre as relações consumeristas, isto é, estabeleceu regras necessárias à proteção das relações de consumo e do próprio consumidor.

O diálogo entre a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, mais do que uma concentração concisa de todos os dispositivos legais acerca das relações de consumo, é uma expressão taxativa da vontade do legislador constituinte:

Art. 48. ADCT. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição Federal de 1988, p. 21-172)

Além de elevar a matéria de ordem econômica e de direito do consumidor ao patamar de norma fundamental, ele enquanto microssistema normativo foi planejado, idealizado e elaborado com o fim de criar formas que coíbam atos que não coadunam com a harmonia social. E Isto retrata a essência de um Estado Democrático de Direito.

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: (...) VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; (BRASIL, Lei. 8.078/1990, p. 570 -640)

O legislador constituinte ao externar essa vontade para a edição do *Codex* deu ali um passo a frente de seu tempo, prevendo uma reorganização da ordem econômica, e reconhecendo na relação consumerista existente nela, a parte mais vulnerável em detrimento da parte mais forte, robusta. Que neste caso, entenda-se: O fornecedor:

Sobre o tema, Fabrício Bolzan Almeida citando Cláudia Marques, assevera que:

A opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. (ALMEIDA, apud MARQUES, 2014, p. 53).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor além de uma norma especial, trata-se de um estatuto que desafia o dualismo existente entre o Direito Público e o Privado e vice versa. Eis que, conforme seu art. 4º caput, o CDC traça uma política, isto é, um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas, com o fito da proteção efetiva do consumidor e principalmente para que prevaleça à ordem econômica, a harmonia social e as prerrogativas da Dignidade Humana.

A propósito, no CDC, a dignidade é erigida à proteção máxima através da previsão de mecanismos legais que visam promover a igualdade jurídica entre fornecedores e consumidores, a exemplo, pode ser citada, além interpretação mais favorável ao consumidor, o da inversão do ônus da prova, e a inserção do Ministério Público enquanto parte legítima para adotar procedimentos que visem à tutela de direitos coletivos.

Ademais, logo em seu art. 1º, o Código esclarece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e de interesse social, o que demonstra de forma inarredável o caminho desejado pelo legislador pátrio, qual seja, o da intervenção do Estado, via legislação consumerista, nas relações jurídico-contratuais existentes no mercado de consumo.

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL, Lei 8.078/90, p.570 -640)

Nesse sentido, cabe ao Estado-Juiz intervir na relação consumerista, de forma a buscar o equilíbrio entre as partes.

Nelson Nery Junior, com propriedade, leciona:

Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. (...) Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes do contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado. (NERY JUNIOR [et. Al]. 2007; p. 693)

Na esteira desse raciocínio, e com base na teoria da força normativa de Hesse pode-se dizer, que, a norma constitucional é dotada de imperatividade, e por isto, devendo as normas do ordenamento sujeitarem-se aos seus regramentos e princípios.

O Estado deve promover a defesa do consumidor de forma a garantir o fiel cumprimento das normas relativas ao consumo no âmbito do mercado, a isonomia entre fornecedor e consumidor,

aqui se fala em igualdade material, e, sobretudo à dignidade da pessoa humana, no que tange à importância do mínimo vital.

Da questão processual

No julgamento do Resp. 1.061.530/RS, que dentre outros, culminou na edição da referida súmula, torna-se notório que os ilustres ministros privilegiaram as regras processuais em detrimento das regras do direito material, pois, a base do discurso que orientou a decisão, foi de encontro aos princípios da congruência e da adstrição ao pedido, conforme dispõem os artigos 128, 460 do Código de Processo Civil de 1973.

Art. 128. O juiz só decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação condicional. (BRASIL, Lei. 5869/73)

No sentindo posto, os julgadores entenderam que o exame de ofício desta matéria, feito pelo Tribunal ofenderia o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, a apelação devolve ao Tribunal somente a matéria impugnada, conforme disposto no art. 515 do mesmo *Codex*.

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...). (BRASIL, Lei. 5869/73)

Observa-se, que, ainda que a matéria consumerista em discussão seja a do art. 51 do CDC, o *decisum*, teve como base os artigos de ordem meramente processual.

Entretanto, vale frisar, que, a questão indubitavelmente, trata-se de ordem pública, e uma vez o sendo, não fica o Tribunal vinculado ao referido princípio, pois o mesmo tem o dever, e não a faculdade, de fazer o controle da abusividade.

Tal afirmativa pode ser corroborada na leitura do inciso XXXII, do art. 5º da CF/ 88 com o art. 51, IV do CDC, nos seguintes termos:

Art. 5º (...) XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

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; (grifei) (BRASIL, CF/88 c/c Lei. 8.078/90)

Fazendo uma releitura dos dispositivos supra, pode-se afirmar que o Estado, entenda-se aqui, o Estado-Juiz, deverá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Quanto à Lei, esta é clara ao determinar a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas. Logo, como dito alhures, não é faculdade do Estado-Juiz decidir sobre, mas um dever. Sobretudo, quando esta proteção decorre da própria Constituição.

Neste ponto, convém trazer a lume, que a lei aplicada seria e é a lei consumerista, nos termos da Súmula 297 do próprio STJ, conforme dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Desta forma, não havendo dificuldades para verificar que os contratos bancários estão sujeitos às disposições daquele diploma legal.

Por outro lado, ainda que pesem os argumentos contrários a esse entendimento, a própria legislação processual à época do julgamento, admitia o conhecimento de ofício, quando a matéria tratava de ordem pública e interesse social. Para tanto basta fazer um giro pelo parágrafo único do artigo 112 do CPC/73, nas questões relativas à eleição de foro.

Art. 112. (...) Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu. (BRASIL, Lei. 5869/73)

E ainda, conforme o §5º do art. 229, na questão que versa sobre a prescrição:

Art. 229. (...) § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (BRASIL, Lei. 5869/73)

Da mesma forma, a legislação material também expressamente determina o dever do magistrado de extirpar matérias que afrontem a ordem pública e o interesse social, como na nulidade do Código Civil 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. (BRASIL, Lei. 10.406/02)

Observa-se, que, da leitura do caput do dispositivo transcrito, a alegação das nulidades pelos interessados ou pelo Ministério Público, é retratada como uma faculdade, traduzida pela expressão “podem”. Entretanto, quando da leitura de seu parágrafo único, que diz da nulidade pronunciada pelo juiz, ao contrário do caput, trata-se de um dever que obviamente lhe atribuído, isto é, o “juiz deve”.

Nesse sentido, pode-se dizer que a súmula em questão traz um entendimento incompatível com o texto constitucional e com o texto legal, padecendo de inconstitucionalidade. E assim o sendo, torna-se um flagrante retrocesso no ordenamento jurídico.

A NECESSIDADE DO CANCELAMENTO OU DA REEDIÇÃO DA SÚMULA 381 DO STJ

Conforme visto ao longo do trabalho, a relação jurídica de consumo é uma relação de desigualdade, na qual se tem de um lado o fornecedor, neste caso detentor do monopólio e dos meios de produção, e do outro o consumidor como parte mais vulnerável da relação.

Com base neste contexto de desigualdade e por determinação do Legislador Constituinte, foi

editado o Código de Defesa do Consumidor, enquanto matéria de ordem pública, cujos propósitos, dentre outros é o de reequilibrar essa relação de desigualdade, trazendo assim, maior segurança para a relação consumerista no ordenamento jurídico.

Observa-se, que, embora os preceitos de proteção e defesa do consumidor seja um de seus objetivos, o espírito do Código vai mais além, tratando com desigualdade os desiguais, com o intuito único de alcançar uma igualdade efetiva entre os que participam da relação de consumo, e por consequência, promovendo a justiça social.

Aqui é importante frisar, que, os ditames impostos pela Lei 8.078/90 deverão ser inevitavelmente, observados, porquanto é essa a vontade do Estado, sob pena de nulidade daqueles atos praticados em desconformidade com o estabelecido pela norma de ordem pública e de função social.

Assim sendo, afirma Fabrício Bolzan (2013, p. 888), “ao prever no *caput* do art. 51 que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, quis conferir a elas a natureza de nulidade absoluta”. Sendo que, a principal consequência desta afirmativa é a de que, por se tratar de uma exceção ao art. 128 do CPC, a nulidade pode ser reconhecida de ofício pelo juiz.

Neste ponto, o autor cita Leonardo Bessa.

Portanto, o reconhecimento da abusividade e conseqüente declaração de nulidade das cláusulas inseridas em contratos de consumo podem e devem ser conhecidas de ofício (ex officio) pelo magistrado. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que ‘o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta’ (art. 128 do CPC). Em relação à proteção contratual do consumidor, o magistrado tanto pode invalidar a cláusula abusiva como realizar a modificação do seu conteúdo. (BESSA apud BOLZAN, 2013, p. 889)

Ainda, nessa esteira, afirma Rizzato Nunes (2011, p. 368), o inciso II do art. 4º do CDC, autoriza a intervenção direta do Estado, para proteger efetivamente o consumidor, não só visando assegurar-lhe o acesso aos produtos e serviços essenciais como também garantir-lhe a qualidade e adequação dos produtos e serviços. Entendam-se tais pressupostos como o equilíbrio, a segurança, a boa-fé, dentre outros.

Registra-se, ainda, que, essa intervenção enquanto garantia está em estreita consonância, não apenas com o art. 51, IV do mesmo *codex*, mas, sobretudo, com os princípios mais substanciais da Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da isonomia, e o da boa-fé objetiva.

Contudo, com a edição da Súmula 381, a qual dispõe que “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, o Superior Tribunal de Justiça, no ato do julgamento caminhou na contramão da direção, do direito, principalmente no que consta do art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988, que é o de dar proteção ao consumidor.

Para tanto, Claudia Lima Marques afirma que:

(...) a Súmula 381 do e. STJ não deve ser usada em casos de contratos bancários com consumidores (sujeitos a proteger pelo art.5º, XXXII, da CRFB/88), mesmo que tenha sua origem em um repetitivo de consumo (REsp 1.061.530/RS), ou(...) que seria realmente inconstitucional em face da decisão da ADin 2.591 e ilegal frente ao sistema do Código

Civil.

O CDC é a lei especial dos contratos bancários com consumidores (conforme o STF na ADIn 2.591), e o art. 1º do CDC estabelece a aplicação *ex officio* de suas normas como uma ordem pública também para os bancos (art. 3º, & 2º, in fine, do CDC). Além disso, a nulidade das cláusulas abusivas no CDC é taxativa, ou nulidade de pleno direito (art. 51, 53 e 54 do CDC). Trata-se de nulidade absoluta pelo sistema geral do Código Civil, (...) e art. 166, VII, do CC/02. (MARQUES, 2011, p. 552-553)

Nesse ponto, a própria Min. Nancy Andrighi, Relatora do Resp 1061530/RS, que gerou o enunciado da Súmula atentou para as graves consequências geradas por aquele julgamento, o qual convém reiterá-los:

Consequências graves são geradas por este tipo de julgamento: a primeira é a equivocada priorização da norma processual (que exige a formulação de pedido expresse) 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 seu 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 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. (sem grifo no original).

Observa-se, que, a posição adotada pelos Ministros no ato do julgamento, foi extremamente equivocada em relação à legislação consumerista. Portanto, tal posição deve ser discordada, uma vez que, *data máxima vênia*, não se encontra sólida fundamentação jurídica. Ao contrário, fere de morte os preceitos constitucionais.

No limiar deste entendimento, Flávio Tartuce (2016, p. 266), lembra que a ementa da Súmula representa uma série de afronta à proteção dos direitos dos consumidores e aos preceitos gerais de direitos, devendo, nesse sentido, ser imediatamente cancelada por aquele Tribunal Superior.

Para tanto, o autor (TARTUCE. 2016 p. 267 -268) elenca cinco argumentos que justificam o cancelamento da infeliz Súmula.

O primeiro deles diz respeito ao contrassenso jurídico do enunciado em relação ao dispositivo do art. 1º do CDC e da Súmula 297 daquele mesmo Tribunal.

O art. 1º do CDC é expresse ao prever que a lei consumerista é norma de ordem pública e interesse social, nos termos da proteção que consta do Texto Maior.

Ademais, a Súmula 297 editada pelo próprio STJ, enuncia que aos contratos bancários aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, por força dos dispositivos supra, onde há contratos em que a relação é consumerista, deve-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que é lei especialmente prevista para tal.

E assim, o sendo, é dever do aplicador do direito se ater a ordem expressa daquele dispositivo. Que no caso em tela é o da nulidade *ex officio*.

Este também é o entendimento de Claudia Lima Marques

O CDC é a lei especial dos contratos bancários com consumidores (conforme o STF na ADin 2.591), e o art. 1º do CDC estabelece a aplicação *ex officio* de suas normas como uma ordem pública também para os bancos (art. 3º, & 2º, *in fine*, do CDC). Além disso, a nulidade das cláusulas abusivas no CDC é taxativa, ou nulidade de pleno direito (art. 51, 53 e 54 do CDC). Trata-se de nulidade absoluta pelo sistema geral do Código Civil, (...) e art. 166, VII, do CC/02. (MARQUES, 2011 p. 553)

A propósito, enuncia o Tartuce, “o próprio STJ, já havia se pronunciado nesse sentido”. E cita:

Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, possibilidade de revisão do contrato e declaração *ex officio* da nulidade de cláusula nitidamente abusiva. Recurso a que se nega provimento. 1. O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário. Precedente (REsp 1.061.530/RS, afetado à Segunda Seção). 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg no REsp 334.991/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 10.11.2009 – DJe 23.11.2009). (TARTUCE, 2016, p. 267)

Contudo, percebe-se que, em tal contexto, a súmula representa um retrocesso no entendimento do daquele Tribunal, e conseqüentemente um retrocesso no ordenamento.

No segundo argumento, em corroboração com o primeiro, Tartuce (2016, p.267) lembra que, também o Código Civil de 2002, enquanto norma geral privada, preconiza que as nulidades absolutas devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz.

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. (grifo) (BRASIL, Lei. 10.406/02)

O enunciado do artigo trata-se de decorrência natural da antiga lição pela qual as matérias de ordem pública devem ser conhecidas de ofício pelo magistrado.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – INVENTÁRIO – LEGATÁRIAS SITUADAS NO EXTERIOR – CITAÇÃO – NULIDADE ABSOLUTA – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA QUE SE CONHECE DE OFÍCIO. I Conhecido o recurso e aberta a via especial, autorizado está o STJ a conhecer de ofício de patentes nulidades absolutas. II – Indevida citação editalícia de legatárias sediadas no exterior que se deve anular. III – Retorno dos autos para a correta prática do ato. IV – Recurso especial provido. (STJ – REsp 730.129/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJBA) – j. 02.03.2010 – DJe 10.03.2010).

Anote-se, que, pelo julgado acima, o reconhecimento de ofício das cláusulas de nulidade absoluta, já é de costumeira aplicação nas instancias superiores, o que conflita ainda mais, a súmula em comento com o posicionamento daquela corte.

O terceiro argumento, empreendido pelo autor, cinge-se à principal tese jurídica, sustentáculo da Súmula, qual seja, o *tantum devolutum quantum appellatum*.

Nesse ponto, assevera o autor (TARTUCE, 2016 p. 267) “Deve ficar bem claro, que não se trata de um princípio absoluto, mas um princípio que encontra limitações em outros princípios e nas matérias de ordem pública”.

Corroborando a este entendimento, defende com maestria, Claudia Lima Marques:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. (MARQUES. 2006 p. 561)

Pensar o contrário sobreporia o Direito Processual à tutela efetiva do Direito Material, quando o inverso deve prevalecer.

O quarto argumento, no sentido de cancelamento da Súmula 381 do STJ, Tartuce cita os juízes Gerivaldo Neiva, Pablo Stolze e Gagliano e Salomão Viana, com base em seus artigos publicados na internet.

Stolze e Viana vão dizer:

E, nessa perspectiva, o julgador deve, sim, aplicar, de ofício, preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor para assegurar a função social da propriedade e dos contratos, ou em observância a outro princípio de matriz constitucional, desde que o faça no estrito limite do julgamento da lide posta sob sua apreciação. (STOLZE, Pablo. VIANA, Salomão. 2009)

Nota-se, que, mesmo agindo *ex officio*, o magistrado permanece atrelado aos limites que lhe foram traçados no pedido formulado pelo autor. Até porque, uma cláusula nula, já nasceu nula, em outras palavras, “nem nasceu” por isso, não gera efeito algum no ordenamento.

Por fim, o quinto argumento, entra em cena a questão principiológica, quais sejam, as cláusulas abusivas, sejam elas em contratos bancários ou não, são violadoras dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, que a seu turno, são matérias de ordem públicas. E uma vez o sendo, tais cláusulas não podem vigorar, a ponto de colocar em risco a própria segurança jurídica.

Observa-se, então, que, por tais argumentos a Súmula n.º 381 do STJ não é nada cidadã. Ao contrário, ela constitui na verdade um grande retrocesso no direito brasileiro, mormente no direito e garantia fundamental da defesa do consumidor disposta no artigo 5º, inciso XXXII da CF/88. Visto que, privilegiou as regras do direito processual em detrimento das regras materiais, sobretudo, beneficiando as instituições financeiras, de forma a afrontar todo o sistema de proteção

ao consumidor, bem como, causando sérios prejuízos sociais e jurídicos.

E nesse ponto, a Carta Magna veda implicitamente a supressão ou a redução dos direitos e garantias fundamentais já conquistados pelos brasileiros, por isso o Poder Judiciário não pode praticar atos retrocedendo a proteção especial dada aos consumidores pelo legislador constituinte.

CONCLUSÃO

A Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, muito mais que um adensamento de normas, trata-se de uma vontade expressamente constitucional no regramento das relações de consumo.

Ele foi pensado, democraticamente discutido e erigido ao plano dos Direitos Fundamentais como norma de ordem pública e interesse social, cujo fito é a segurança jurídica nas relações consumeristas, na defesa do consumidor, no plano da dignidade da pessoa humana.

Como dito anteriormente, o legislador constituinte ao externar essa vontade deu um passo a frente de seu tempo, prevendo uma reorganização da ordem econômica e reconhecendo na relação de consumo existente nela, a parte mais vulnerável em detrimento da parte mais forte. Ou seja, uma desigualdade cristalina entre o consumidor e o fornecedor.

Ao dar a esta norma o caráter de ordem pública, imprimiu nela a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. E nesse sentido, coube ao Estado o papel de intervir nas relações de consumo, encurtando o espaço da autonomia da vontade e estabelecendo normas imperativas com a finalidade de restabelecer o equilíbrio e a equidade de forças nas relações consumeristas. Esta intervenção torna-se límpida, quando da análise do art. 1º do CDC.

A propósito, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular trata-se de um imperativo que deve ser reconhecido de ofício pelo julgador, para que se tenha a correta prestação jurisdicional do Estado-Juiz. Assim, quando a norma traz que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, não cabe ao juiz esperar a provocação das partes, para dela conhecer, pois, a vontade da lei impera sobre a vontade do juiz, e a vontade da lei é que a cláusula não pode vigir no ordenamento, nem tampouco os seus efeitos.

Entretanto, com a edição da Súmula 381 do STJ, que priorizou a norma processual em detrimento da norma material, trouxe uma séria colisão com a norma infraconstitucional, e com os ditames daquele mesmo Superior Tribunal, através da Súmula 297, sobretudo com a norma Constitucional dos direitos fundamentais, também denominada como princípios fundamentais.

Ao declarar que, “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, a súmula nada cidadã, colocou em cheque a vontade imperativa da norma em declarar nula de pleno direito à cláusula abusiva.

Ademais, trouxe ao ordenamento uma inexorável insegurança jurídica, no sentido de que retroagiu a relação de consumo ao *status quo* da desigualdade, retirou do Estado-juiz, o dever de agir quando se deveria agir, e ainda, tornou passível a vigência dos efeitos de uma cláusula que já nasceu morta, ou que nunca existiu. O que não é possível no Direito.

Noutro giro, afrontou sobremaneira ao princípio das garantias fundamentais constitucionais dadas

ao consumidor. E nesse ponto, a Carta Magna veda implicitamente a supressão ou a redução de tais garantias, o que faz com que o Poder Judiciário não possa praticar atos que retroceda a proteção especial dada aos consumidores pelo legislador constituinte.

Portanto, a Súmula n. 381 do Superior Tribunal de Justiça, merece ser ela anulada ou declarada inconstitucional e ilegal, por contrariar princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção do consumidor, a fim de que seja produzida uma decisão justa pelo Estado-juiz nos ditames da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo. Saraiva. 2013.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de setembro de 2002. Vademecum. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Vademecum. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Vademecum. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência**. 11ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.
- GRINOVER. A. P.; BENJAMIN. A. H. V.; FINCK. D. R.; FILOMENO. J. G. B.; WATANABE. K.; JUNIOR. N. N.; DENARI. Z.; **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. [et al.]. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. São Paulo. Atlas S.A. 2007
- MOREIRA. Railton Teixeira. A incompatibilidade do enunciado da Súmula 381 do STJ com a proteção ao consumidor. Monografia apresentada em 2014 pela UFV. Encontrado em: < http://www.academia.edu/6204072/A_incompatibilidade_do_enunciado_da_S%C3%BAmula_381_do_STJ_com_a_prote%C3%A7%C3%A3o_ao_consumidor > pesquisado em 17/10/2016.
- NETO, Christiano Sell. **Revisão dos Contratos Bancários: análise da Súmula 381 do STJ**. 2014. Disponível em: < <http://christianoselladv.jusbrasil.com.br/artigos/151297119/revisao-dos-contratos-bancarios-analise-da-sumula-381-do-stj> > consultado em 17/10/16.
- NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo, Saraiva. 2014.
- PEREIRA, Carolina da Cunha. Contratos eletrônicos e a (in)segurança jurídica no ambiente virtual. 2009. Encontrado em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/Carolina_pereira.pdf >. Pesquisado em 17/10/2016
- SANTOS, Altamiro José dos. Direitos do Consumidor. **Revista do IAP**. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, n. 10, 1987.
- STOLZE, Pablo. VIANA, Salomão. **Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ: É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?** 2009. Disponível

em < <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/3-reflexoes-sobreasumula-381-do-stj.html> >
consultado em 17/10/20016.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito material e processual. 3 ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito Material e Processual. 5ª Ed. Volume Único. São Paulo. Forense. 2016.