SÚMULA 381 DO STJ VS CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Guilherme Resende Christiano, Técnico Judiciário do TJSE. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (2010.2)

RESUMO: Com a evolução das relações negociais, aquele clássico modelo de contrato igualitário, que oportunizava às partes meios de discutirem o teor das cláusulas contratuais praticamente se extinguiu, abrindo espaço para a implementação de contratos de adesão, os contratos de massa, que por sua vez deram margem à exploração do consumidor por parte dos fornecedores, agora que estes tornaram-se a parte forte da relação negocial, e por isso impõem aos vulneráveis consumidores cláusulas abusivas, que os deixam em desvantagem exagerada. Neste contexto, nasceram as legislações que buscaram proteger os consumidores dos abusos cometidos, dentre as quais destaca-se o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, uma das legislações consumeristas mais avançadas do mundo. O CDC criou no Brasil uma ordem pública de proteção ao consumidor, norteada por princípios próprios, configurando-se em um verdadeiro microssistema jurídico. Infelizmente, a conotação protetiva do CDC, seus princípios, sua razão de ser, foram relegados a segundo plano com a edição da Súmula 381 do STJ, que impede que o julgador conheça de ofício a abusividade de cláusulas em contratos bancários, em frontal desacordo com as normas e princípios insculpidos pela legislação consumerista brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas abusivas; nulidade absoluta; contratos de consumo; reconhecimento de ofício.

ABSTRACT: With the evolution of business relationships that classic egalitarian model contract, which offers resources to the parties to discuss the content of contractual almost became extinct, making room for the implementation of subscription contracts, contracts of mass, which in turn gave scope for exploitation of consumers by providers, now that they have become part of the strong trading relationship, and therefore vulnerable consumers impose unfair terms that leave them at an unreasonable disadvantage. In this context, emerged the laws that sought to protect consumers from abuses, among which detaca to the Code of Consumer Protection in Brazil, one of the laws consumerist world's most advanced.

The CDC has created a public policy in Brazil's consumer protection, guided by its own principles, becoming a true microsystem. Unfortunately, the protective connotation of the CDC, its principles, its rationale, were relegated to the background with the issue of precedent from the Supreme Court 381, which prevents the judge to recognize abusividde clauses in contracts with banks, in disagreement with frontal norms and principles sculptured by Brazilian consumerist legislation.

KEYWORDS: Unfair; absolute nullity; consumer contracts; recognition of trade.

INTRODUÇÃO

A defesa e proteção ao consumidor é matéria que a todos diz interesse, tendo em mira o simples fato de estar diretamente ligada ao cotidiano de cada ser humano, já que na sociedade atual, fortemente capitalista, qualquer pessoa necessita, a todo momento, de produtos e serviços. Todos nós, em maior ou menor grau, somos consumidores em cada instante de nossas vidas.

Não obstante a origem do direito do consumidor remeter à antiguidade, de certa maneira podemos afirmar que sua positivação e valorização como ramo autônomo do direito é fenômeno recente em todo o mundo. Isso se dá devido ao fato de que se antes, via de regra, fornecedores e consumidores, de uma maneira geral, estavam em pé de igualdade no momento da contratação, em situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, até porque geralmente se conheciam, hoje em dia o fornecedor assume posição superior na relação de consumo, ditando as regras do jogo.

Isto ocorre porque o homem do século XXI vive em função de um novo modelo de sociedade: a sociedade de consumo. Prova disso é a crescente adoção, pelos fornecedores, do chamado contrato de adesão, em que as cláusulas contratuais estão previamente estabelecidas pela parte mais forte da relação de consumo, não havendo margem para discussão: ou o consumidor aceita as imposições contratuais, ou as rejeita e não contrata, restanto sem o produto ou serviço que buscava obter, e que por muitas vezes mostra-se essencial.

Inegável que a sociedade de consumo em massa (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) trouxe avanços e benefícios para seus atores. Entretanto, em certos casos, conforme já visto, a posição do consumidor

piorou ao invés de melhorar. Nesta esteira, diante desta mudança radical em curto espaço de tempo, o direito não pôde ficar alheio à nova situação estabelecida na sociedade, que havia tornado o consumidor parte completamente vulnerável na relação de consumo. De tal sorte, tornou-se necessária a intervenção do Estado a fim de reequilibrar a relação de consumo, ora reforçando a posição do consumidor, ora limitando certas práticas pelos fornecedores de produtos ou serviços. Assim nasceu o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Verifica-se ainda que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". Da análise de tais dispositivos, é de se perceber a importância com que o legislador constituinte originário tratou o consumidor, atento às modificações à época já em curso nas relações de consumo em todo o mundo.

O CDC surgiu, como visto, em um período marcado pela massificação das relações consumeristas, contendo conceitos próprios, princípios e direitos, sendo, em verdade, um verdadeiro microssistema jurídico.

Logo em seu artigo inaugural, nota-se que o código possui em seu bojo normas de ordem pública e de interesse social, vejamos:

> 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 XXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 148 de suas Disposições Transitórias.

Ademais, é de bom alvitre aqui colacionar o teor do caput do art. 51 do código, a saber:

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

Na sequência, o CDC enumera, nos incisos do art. 51 (16 no total), rol exemplificativo de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Da análise dos dispositivos colacionados, bem como do microssistema introduzido em nosso ordenamento jurídico através do Código de Defesa do Consumidor, resta-nos cristalinamente claro que implantou-se no Brasil, ao lado da ordem pública social e da ordem pública econômica, uma ordem **pública** de proteção dos consumidores. As regras de direito privado não mais atendem às necessidades da sociedade atual de consumo em massa, principalmente no que tange à teoria das nulidades e à proteção contra cláusulas abusivas. É exatamente esse o fundamento que autorizou a criação do CDC, o que inegavelmente, ao arrepio das normas constitucionais consumeristas e das disposições protetivas constantes no CDC, tem sido esquecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial quando da edição da Súmula 381 deste Tribunal.

É que dita súmula enuncia que "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". A redação do enunciado retro, como se verá ao longo deste artigo, sofre de ausência de rigor técnico, bem como vai de encontro a todo o sistema protetivo criado pelo Código de Defesa do Consumidor, ofendendo princípios básicos do microssistema jurídico consumerista, como o de que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, além de o fato de que as disposições encontradas no código são de ordem pública e interesse social. Ademais, a súmula ora criticada foi além da orientação constante nos julgados que deram origem à mesma. Saliente-se, ainda, que o posicionamento adotado pelo STJ através deste verbete é praticamente isolado, extremamente minoritário, não encontrando amparo na doutrina e jurisprudência dominantes.

Desta forma, o objetivo deste artigo é demonstrar que a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça caracteriza um retrocesso, tornando letra morta e vazia diversos dispositivos e princípios presentes no CDC, além de, em última análise, ofender a própria Constituição Federal, tendo em vista que a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica (art. 170 da CF), motivo pelo qual deve ser cancelada ou ter sua aplicabilidade mitigada, tendo em vista não estarmos diante de súmula com efeitos vinculantes.

Trazemos à baila as críticas tecidas pela doutrina ao teor da redação da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, e argumentos que sustentam a necessidade de seu cancelamento.

DIREITO DO CONSUMIDOR

1- HISTÓRICO

Com frequência, costumamos dizer que o direito do consumidor é matéria/ramo do direito recente em todo o mundo, tendo surgido há poucas décadas diante da transformação da sociedade tradicional em uma sociedade de consumo em massa. De fato, tal assertiva é em parte verdadeira. O direito do consumidor ganhou força, notoriedade e assumiu posição de destaque com o surgimento da sociedade capitalista de consumo, pois com o advento da prática de contratação em massa, torna-se impossível para o fornecedor negociar com cada cliente/consumidor individualmente, com eles discutir uma a uma cada cláusula do contrato.

Imaginemos se uma empresa como a VIVO/SA, com milhões de clientes em todo o Brasil, tivesse que discutir cada cláusula do contrato de telefonia móvel com cada um de seus clientes. Tal situação tornaria inviável e humanamente impossível que os negócios se realizassem, pois não haveria tempo nem força humana capaz de suprir tamanha demanda. Exatamente por isso passou-se a adotar o contrato de adesão, que apesar de prático e extremamente útil, deu azo para a inclusão de cláusulas abusivas em seu bojo, tendo em vista que seria impossível ao consumidor discuti-las.

Com a adoção do contrato de adesão, e com o consequente "surgimento" das cláusulas abusivas, pois as empresas notaram que os consumidores, desesperados e necessitando do produto/serviço não teriam outra escolha senão contratar, mesmo sabendo que estavam sofrendo abusividades, é que iniciou-se a implementação de estatutos consumeristas nos ordenamentos jurídicos de diversos países ao redor do globo.

Ocorre que há quem afirme que já no antigo Código de Hammurabi, ainda que indiretamente, haviam regras que visavam a proteção ao consumidor. Conforme bem lembra FILOMENO (2007, p. 02), a Lei 233 do mencionado Código rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. Seguindo o princípio clássico do "olho por olho, dente por dente", preconizava ainda o Código de Hammurabi que o empreiteiro da obra, além de ser obrigado a reparar os danos causados ao empreitador, no caso de morte do chefe da família decorrente de desabamento, sofria a punição de morte; caso o desabamento

tivesse vitimado o filho do chefe da família, seu filho teria a vida ceifada. Da mesma forma, continua mencionado autor, o cirurgião que operasse alguém "com bisturi de bronze" e lhe causasse a morte por imperícia, estaria obrigado a pagar indenização cabal e pena capital. Além disso, de acordo com a Lei 235 do mesmo código, "o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano", demonstrando Hammurabi, já àquela época (2.000 anos antes de Cristo, frise-se), plena noção dos chamados vícios redibitórios.

FILOMENO (2007, p. 03) ensina que na Grécia, conforme lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles (1995:103-247), também havia preocupação latente com a defesa do consumidor. Dizia Aristóteles:

> são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita; são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização(...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano".

Também na Europa medieval, principalmente na França e Espanha, previam-se penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo manteiga e vinho.

O jornalista Biaggio Talento nos relata que documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador demonstram que era preocupação das autoridades coloniais a punição aos infratores de normas protetivas ao consumidor. Haviam normas que obrigavam os vendeiros a "fixarem escritos da almoçataria na porta para que o povo os lessem". Era o direito à informação sendo aplicado no período colonial. Aos infratores, era imposta multa. Era prevista também a pena de multa para os que vendessem mercadorias acima do valor das tabelas fixadas.

Avançando no tempo, FILOMENO (2007, p. 04) cita nos movimentos dos frigoríficos de Chicago o despertar do movimento consumerista já com a plena consciência dos interesses a serem defendidos e a definição de estratégias para defendê-los. Tais movimentos trabalhistas/consumeristas acabaram por dar origem ao "Consumer's League", em 1891, que posteriormente evoluíram para o que hoje é a poderosa e temida "Consumer's Union" dos Estados Unidos da América. Referida unidade visa a conscientização dos consumidores e a promoção de ações judiciais, chegando a adquirir quase todos os produtos que são lançados no mercado norte americano para testá-los e informar aos consumidores de todo o país se tal produto funciona, é seguro, obedece as normas determinadas, entre outras relevantes tarefas.

Neste sentido, aparentemente espelhados na Consumer's Union norte-americana, tanto o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) como o Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) têm direcionado parte de suas atividades para pesquisas em matéria de garrafas térmicas, chuveiros elétricos, botijões de gás, leites, contraceptivos de látex, etc, com ênfase para a qualidade dos produtos e segurança dos mesmos.

Retornando ao histórico do movimento consumerista, a Resolução nº 39/248 da ONU, de 1985, traçou uma política geral de proteção aos consumidores, reconhecendo que o consumidor enfrenta desequilíbrio face a capacidade econômica, nível de educação e poder de barganha. A ONU impõe, ainda, aos Estados filiados, a obrigação de formularem uma política de proteção ao consumidor. Através das recomendações e conclusões do seminário regional latino-americano e do Caribe sobre proteção do consumidor, realizado em 1987 em Montevidéu, as diretrizes da resolução da ONU foram adaptadas para a realidade da região latino-americana.

Desta forma, verifica-se que a preocupação com a defesa do consumidor é universal, motivo pelo qual não poderia a Constituição Cidadã de 1988 quedar-se alheia à matéria de tamanho relevo.

2- DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Conforme adredemente estudado, a procupação com a figura do consumidor atravessou milênios, tendo a constituição redemocratizadora, acompanhando a tendência mundial, contribuído para o fortalecimento deste ramo do direito.

Já foi visto, quando do introito, que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Verifica-se ainda que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". Resta evidente a importância com que o legislador constituinte originário tratou o consumidor, e de maneira bastante acertada.

O art. 170 da Carta Magna, quando afirma que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social" aduz em seu inciso V que deve-se observar, entre outros, o princípio basilar da defesa do consumidor.

Conforme se avista da leitura dos dispositivos supra, vê-se que a Lei Maior da República visa nada menos que a **defesa** do consumidor. A Constituição prevê e ordena a criação de um **código** que **defenda, proteja** os consumidores. O direito do consumidor no Brasil é protetivo. O legislador constituinte originário, sensível à abismal diferença existente já em 1988 entre fornecedores e consumidores, estabeleceu no país uma **ordem pública de proteção** aos consumidores. Nosso código não é apenas uma "Lei das Relações de Consumo". Além de regulá-las, ele visa explicitamente proteger a figura do consumidor, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente os desiguais, a fim de buscar-se a igualdade.

Comentando acerca do caráter protetivo do CDC, João Batista de Almeida leciona:

> O CDC constitui um microssistema na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo uma visão de conjunto das relações de consumo, sem se deixar contaminar por regras de

> outros ramos do direito. Assim, preferiu o legislador tratar no CDC do aspecto civil das relações de consumo, sem deixar o seu disciplinamento para uma futura e incerta alteração do Código Civil. Da mesma forma, em relação aos aspectos penal, administrativo e jurisdicional.
> [...]
> O microssistema codificado, por força de seu caráter interdisciplinar, outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104) (ALMEIDA, 2009, p. 76).

Neste mesmo sentido, doutrina Celso Marcelo de Oliveira:

> Partilhamos da posição do insigne e emérito professor Sérgio Cavalieri Filho que concebe o CDC como uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, **vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social**. A Lei n. 8.078/90, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).
> [...]
> **Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício.** Recaem sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão. **(grifo nosso) (OLIVEIRA, 2009, p. 76)**

Assim, gozando de *status* constitucional, apesar de desrespeitado o prazo fixado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (cento e vinte dias, conforme art. 48), em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o CDC, que entrou em vigência em 13 de março de 1991, inspirado em legislações estrangeiras, como não poderia deixar de ser. Entretanto, conforme bem informa Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 10), os autores do anteprojeto do

CDC, contudo, "tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas". Aduzem os autores da mencionada obra que a ideia de que o Brasil e seu mercado de consumo tem peculiaridades e problemas próprios acompanhou todo o trabalho da elaboração. Como resultado desta preocupação, assinalam que "inúmeros são os dispositivos do Código que, de tão adaptados a nossa realidade, mostram-se arredios a qualquer tentativa de comparação com esta ou aquela lei estrangeira. Mas aqui e ali, é possível identificar-se a influência de outros ordenamentos."

Discorrendo sobre a chamada instrumentalidade do Código de Defesa do Consumidor, Celso Marcelo de Oliveira aduz:

> Certo é que a tarefa do legislador infraconstitucional está em apenas criar mecanismos para a defesa do consumidor, posto que a defesa do consumidor já está assegurada pelo constituinte originário como verdadeiro direito subjetivo oponível ao particular e ao Poder Público, mormente em face da norma enunciada no artigo 5º, parágrafo 1º do Estatuto Máximo, in verbis: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. (OLIVEIRA, 2003, p. 21)

Assim, podemos dizer, nasceu a Lei consumerista brasileira, considerada à época uma das mais avançadas do mundo, contendo em seu bojo normas de ordem pública e de interesse social, portanto inderrogáveis por vontade das partes, e que fulmina de nulidade absoluta as cláusulas consideradas abusivas, dentre inúmeros outros instrumentos utilizados pelo código para evitar a exploração do mais fraco pelo mais forte, impedindo abusos decorrentes do intenso desequilíbrio existente entre fornecedores e consumidores.

3- CONTRATOS DE ADESÃO

Os contratos paritários ocupam hoje ínfima parcela do direito privado. A realidade é a dos contratos de massa, onde a negociação não encontra guarida.

Diante desta nova realidade, em que as empresas contratam com um número ilimitado de consumidores, não mais há espaço para discussão de cláusulas. Aproveitando-se da superioridade no âmbito negocial, e para tornar possível oferecer seus produtos e serviços para todos os interessados

em obtê-los, os fornecedores passaram a utilizar-se de um novo tipo de contrato, entrando em cena a figura do contrato de adesão.

Silvio Venosa o conceitua como:

> [...] o típico contrato que se apresenta com todas as suas cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Esta modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais de direito contratual. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante. Há condições gerais nos contratos impostas ao público interessado em geral. (VENOSA, 2009, p.375)

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, busca conceituar esta modalidade de contrato, e o faz nos seguintes termos:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Cláudia Lima Marques elenca as principais características deste tipo de contrato, a saber:

> 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. (MARQUES, 2002, p. 54)

É de se ver que tal modalidade de contrato, por ser elaborado unitateralmente pela parte mais forte da relação de consumo, traz inúmeros riscos para a coletividade. Atento aos perigos dos contratos de adesão, o Estado criou mecanismos para coibir abusos por parte dos fornecedores.

O Código Civil, por exemplo, dispõe no art. 424 que "nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente resultante da natureza do negócio". O art. 423, por sua vez, preconiza que "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

O Código de Defesa do Consumidor foi mais longe, e no art. 54 tratou deste tipo de contrato. Vejamos a íntegra do artigo:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> §1º – A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.
>
> §2º – Nos contratos de adesão admite-se a cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do art. anterior.
>
> §3º – Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
>
> §4º – As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
>
> §5º – Vetado – Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Da leitura do artigo e de seus parágrafos, vê-se a preocupação do legislador com a figura do contrato de adesão. O CDC nos presenteia com diversos preceitos, como a obrigação imposta aos fornecedores de destacar as cláusulas

limitativas de direito do consumidor; redigir de maneira clara e ostensiva os contratos, de modo que o consumidor possa tomar conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura do mesmo, etc.

No que tange ao §5º do art. 54, foi o mesmo vetado pelo presidente da República, à época. Entretanto, conforme aduz Nelson Nery Junior, apenas ficou sem efeito a obrigatoriedade de os fornecedores estipulantes remeterem ao Ministério Público cópia do formulário-padrão utilizado por eles no contrato de adesão, podendo o *Parquet* realizar o controle efetivo das cláusulas dos contratos de adesão mediante a instauração de inquérito civil.

4- CLÁUSULAS ABUSIVAS E SISTEMA DE NULIDADES DO CDC

Com a adoção de contratos de adesão pelos fornecedores de produtos e serviços, diante da característica mais marcante deste tipo de pacto, que é a formulação unilateral de suas cláusulas pela parte mais forte da relação de consumo, torna-se fácil a inclusão de cláusulas abusivas, que são impostas nos contratos com o objetivo de prejudicar a parte mais fraca e beneficiar a parte mais forte.

Ronaldo Alves de Andrade (2006, p. 317) as define como "a cláusula aposta no contrato de consumo – de adesão ou singular – pelo fornecedor, de forma que este fique em extremada vantagem e o consumidor e em extremada desvantagem, desequilibrando a relação contratual".

Eduardo Gabriel Saad (1998) conceitua tais cláusulas como aquelas que oneram sobremaneira o consumidor, provocando o desequilíbrio que, de ordinário, deve haver entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor preconiza, em seu artigo 51:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
>
> XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
>
> I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III - 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.
>
> § 2° 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.
>
> § 3° (Vetado).
>
> § 4° É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Nelson Nery Junior comenta sobre o critério usado pelo CDC para enumeração das cláusulas consideradas abusivas. Vejamos:

> O critério do Código de Defesa do Consumidor para a enumeração das cláusulas abusivas em seu

> art. 51 foi informado pela experiência recolhida tanto da jurisprudência brasileira dos últimos anos, especialmente quanto aos contratos de adesão, quanto dos casos mais frequentes que passaram pelos órgãos de proteção ao consumidor, notadamente pelos PROCONs e pelo Ministério Público. O direito estrangeiro teve influência ímpar na adoção dessas cláusulas, com particular relevo para o direito alemão. (NERY JR, 2001, p. 465)

O rol acima elencado é meramente exemplificativo, como se verifica no caput do artigo 51, que utilizou a expressão "entre outras". O CDC introduziu em abundância normas de tipo aberto, inovando na forma de editar leis em nosso país, deixando um pouco de lado o exagerado positivismo, em que a lei deve prever todas as hipóteses possíveis para cada caso. O papel do Judiciário, nos casos de tipos abertos, torna-se primordial, criando efetivamente o direito para o caso concreto.

Diante do fato de a doutrina majoritária entender ser o rol exemplificativo, ainda que determinada cláusula não se subsuma às hipóteses citadas o dispositivo colacionado, ela pode ser considerada abusiva caso coloque o consumidor em desvantagem injustificada e exagerada.

A doutrina consumerista majoritária entende que a expressão nulas de pleno direito deve ser interpretada como sinônimo de nulidade absoluta, não só em razão do art. 166, VII do CC, mas em consideração do caráter de proteção instituído no art. 1º do CDC, que preconiza que as normas são de ordem pública e de interesse social.

Ora, se a cláusula abusiva, em nosso sistema, é nula de pleno direito, sendo fulminada de nulidade absoluta, a mesma não é apta a gerar efeitos, devendo ser declarada inválida a qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de pedido formulado neste sentido.

O Código de Defesa do Consumidor afastou-se da regra tradicional das invalidades. No Código Civil de 2002, por exemplo, a invalidade ocorre na forma de nulidade e de anulabilidade, havendo as nulidades absolutas e as nulidades relativas.

A nulidade relativa (anulabilidade) deve ser apontada pela parte prejudicada. Os negócios jurídicos anuláveis ofendem preceitos meramente privados, sendo facultado à parte prejudicada pugnar pela anulação do

ato ou conformar-se com seus efeitos, não atacando-o ou simplesmente confirmando-o de forma expressa.

De outra banda, a nulidade absoluta ofende preceitos de ordem pública. Um ato nulo jamais poderá ser confirmado pelas partes, tendo em vista que não podem as mesmas irem de encontro a interesses públicos que estão sendo lesados. Um ato nulo também não convalesce pelo decurso do tempo.

O CDC, ao contrário do Código Civil, não adotou tal sistema (nulidade x anulabilidade). Vejamos o que diz Nelson Nery Junior:

> O sistema de nulidades não é único no Direito brasileiro, que no âmbito civil, que no comercial, processual civil e administrativo. Podemos dizer que, modernamente as invalidades reclamam tratamento microssistêmico, a fim de serem atendidas as peculiaridades de cada um dos microssistemas jurídicos per se. Esse é o precisamente o caso do Código de Defesa do Consumidor. [...] não há lugar para falar-se, no sistema do CDC, em nulidade absoluta e nulidade relativa de cláusulas contratuais abusivas. No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las ex officio, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão. (NERY JR, 2001, p. 467)

Não existe, no CDC, nulidade relativa de cláusulas abusivas. Tais cláusulas são nulas de pleno direito, portanto, fulminadas de nulidade absoluta. Inexistindo nulidade relativa, torna-se impossível a validação de cláusulas abusivas, pois estas já nasceram nulas.

As normas do CDC, como já foi visto, são de ordem pública e de interesse social, conforme art. 1º do Estatuto Consumerista. Daí decorre, ainda, a imprescritibilidade do requerimento de declaração da nulidade de cláusulas abusivas. Além disso, a defesa do consumidor é matéria constitucional, pois a Carta Magna estampa em seu art. 5º, XXXII o princípio fundamental da defesa do consumidor. Os direitos fundamentais previstos na Constituição

não são meros discursos a serem seguidos. Têm, ao contrário, força de norma, passível de ser executada e exigível. É o que se denomina de força normativa de Constituição.

Justamente diante deste caráter protetivo de que goza o CDC no Brasil, amparado pela CF, o consumidor deve ser tutelado, devendo ser possível o reconhecimento da abusividade de cláusulas mesmo sem pedido expresso neste sentido.

A esmagadora maioria da doutrina (senão unânime) é uníssona em afirmar que as cláusulas abusivas podem ser perfeitamente reconhecidas de ofício pelos magistrados. Vejamos o posicionamento dos mais renomados autores consumeristas de nosso país. Aduz Eduardo Gabriel Saad (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição, Editora São Paulo, 1998, pagina 410):

> (...) a nulidade de pleno direito, a que se refere o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, é a nulidade do nosso Código Civil. Como tal, pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação do preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social (art. 1º). Nulidade de pleno direito ou nulidade absoluta (art. 145 do Código Civil) quando proclamada a pedido do interessado, do Ministério Público ou de ofício pelo magistrado, priva o ato negocial de qualquer efeito jurídico, já que vulnera princípios de ordem pública. Está o juiz impedido de suprir cláusula nula de pleno direito mesmo que os próprios interessados o solicitem. Essa vedação decorre da circunstância de estar em jogo princípio de ordem pública, imune a qualquer ato volitivo dos interessados.

Leandro de Medeiros Garcia posiciona-se da seguinte maneira:

> Por se tratar de norma de ordem pública, o Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta das cláusulas abusivas de ofício, ou a pedido dos consumidores, das entidades que os representem ou do Ministério Público. (GARCIA, 2010, p. 309)

Nelson Nery Junior, um dos autores do anteprojeto do CDC, afirma que:

> 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 no 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. (...) Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado." (NERY JR, 2001, p. 466)

Ronaldo Alves de Andrade, nesta mesma linha, aponta:

> Quanto aos casos relacionados exemplificativamente no dispositivo citado (art. 51 do CDC), cremos ser possível a aplicação da teoria da nulidade – de pleno direito ou absoluta – em sua integralidade, como ditado pela maior parte da doutrina, ou seja, a nulidade é absoluta e pode efetivamente ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, tendo o juiz o dever de pronunciá-las de ofício. (ANDRADE, 2006, p.323)

Por sua vez, Luiz Otávio Rodrigues leciona:

> (...) A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direita (ou reconvenção) e exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz.
>
> (...) A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada por cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da claúsula

> abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação. (RODRIGUES, 2006. 138)

Segundo Celso Marcelo de Oliveira:

> Partilhamos da posição do insigne e emérito professor Sérgio Cavalieri Filho que concebe o CDC como uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, **vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social**. A Lei n. 8.078/90, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).
> [...]
> **Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício. Recaem sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão. (grifo nosso) (OLIVEIRA, 2003, p.19)**

Cláudia Lima Marques sustenta que:

> 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)

Por fim, nesta mesma linha de raciocínio, leciona o ilustre professor Sérgio Cavalieri Filho:

> Caberá ao juiz, no caso concreto, constatar a abusividade da cláusula, razão pela qual a declaração de nulidade dependerá sempre da apreciação judicial, mediante provocação do consumidor (por ação direta ou em defesa), ou ainda por ato *ex officio* do juízo. As normas do CDC, como reiteradamente enfatizado, são de ordem pública e interesse social, o que autoriza declaração de ofício da abusividade de qualquer cláusulas que se aplique ao conflito submetido à apreciação judicial. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 163)

Há, inclusive, precedentes no próprio STJ neste sentido, conforme se vê da seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 6º, "E", DA LEI Nº 4.380/64. LIMITAÇÃO DOS JUROS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. ARTS. 1º E 51 DO CDC. 1. A matéria relativa à suposta negativa de vigência ao art. 5º da Medida Provisória 2.179-36 e contrariedade do art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi prequestionada, o que impede o conhecimento do recurso nesse aspecto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabeleceu taxa máxima de juros para o Sistema Financeiro de Habitação, mas, apenas, uma condição para que fosse aplicado o art. 5° do mesmo diploma legal. Precedentes. **3. Não haverá julgamento extra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício**

> **sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC). Precedente. 4. Recurso especial provido em parte."**
> (STJ - Recurso Especial 1013562/SC - 2ª Turma - Rel. CASTRO MEIRA; J: 07/10/2008)

É de se ver, da análise dos posicionamentos doutrinários colacionados, que é pacífico ser possível que o magistrado declare de ofício a abusividade de cláusulas abusivas em contratos de consumo.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de número 381, firmando entendimento completamente contrário à doutrina, à jurisprudência, à legislação, à Constituição Federal da República e a posicionamento do STF, assunto que será abordado a seguir, na parte deste artigo.

CRÍTICAS À SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis sua redação: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Os feitos que serviram de base para o enunciado são os seguintes: ERESP 702524-RS; RESP 54114-RS; ERESP 64590-RS; AGRG NO RESP 824847-RS; RESP 1064594-RS; RESP 1042803-RS; AGRG NO RESP 782895-SC; RESP 1007561-RS; AGRG NOS ERESP 80142-RS, merecendo especial destaque o Resp 541.153/RS.

Dita súmula preconiza, como se infere da simples leitura de sua redação, que em um tipo específico de contrato de consumo, qual seja, o contrato bancário, o julgador não poderá reconhecer, de ofício, as cláusulas abusivas.

Já foi visto, no decorrer da presente pesquisa, que a doutrina e a jurisprudência nacionais são pacíficas em aceitar que o magistrado reconheça, de ofício, a abusividade de cláusulas contratuais em matéria consumerista, sem ressalvas, diante do fato de o Código de Defesa do Consumidor ser matéria de ordem pública e de interesse social.

A doutrina tece fortes críticas ao referido verbete sumular, e com total razão, diante do absurdo que é o seu teor.

A priori, verifica-se que dita súmula vai de encontro ao decidido pelo

Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Insconstitucionalidade nº 2591, no sentido de que as instituições financeiras estão alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se que não há qualquer justificativa plausível para que o Superior Tribunal de Justiça afaste a atuação oficiosa dos magistrados apenas nos contratos bancários, justamente os que, em regra, mais possuem em seu bojo cláusulas abusivas. Não existe razão para que se crie tal tipo de exceção em favor dos bancos, que notadamente são os que mais ofendem os direitos dos consumidores. A Súmula 381 é tão absurda que será possível que um mesmo juiz de direito declare de ofício a abusividade de uma "venda casada" em um contrato de telefonia móvel, por exemplo, e não possa fazê-lo com relação a uma cláusula abusiva presente em um contrato bancário.

Além disso, a súmula sob análise é duramente criticada tendo em vista que nos julgamentos que o Superior Tribunal de Justiça informa serem os precedentes que deram origem ao verbete, estavam em discussão questões específicas acerca de taxas de juros remuneratórios a serem aplicados. Talvez a intenção do Tribunal fosse a de impossibilitar o reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas que estabeleçam a taxa de juros a ser aplicada nos pactos bancários. É o que se infere da análise do Resp. 541.153/RS. Vejamos a seguinte passagem:

> No que tange aos juros remuneratórios, é de se acolher a irresignação, já que o entendimento do STJ é no sentido de que, embora certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período.

Verifica-se que o Ministro Cesar Asfor Rocha, nesta breve passagem, aduz claramente que a abusividade de pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, não sendo suficiente que a estipulação ultrapasse 12% ao ano.

Infere-se, portanto, que talvez o objetivo do STJ fosse, conforme já dito, impossibilitar que os juízes e tribunais reconhecessem de ofício a abusividade

dos juros pactuados nos contratos bancários, tendo em vista que não obstante serem estipulados acima de 12% ao ano, tal fato por si só não significa que são abusivos, devendo a parte contratante demonstrar que ocorre, no caso concreto, onerosidade excessiva.

Desta feita, é de se ver que a Súmula 381 foi redigida de maneira extremamente aberta, abrangendo toda e qualquer cláusula presente em contratos de natureza bancária, sem qualquer justificativa plausível, o que se mostra absurdo, pois da forma que o verbete está redigido, o consumidor está sendo prejudicado e as instituições financeiras sendo protegidas, invertendo-se a lógica do sistema de proteção do consumidor hipossificiente e vulnerável.

Ademais, evidentemente que o enunciado sumular vai de encontro às disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor. O CDC, já foi visto, norma de ordem pública e interesse social, fulmina de nulidade absoluta as cláusulas abusivas, ensejando o reconhecimento de ofício de tais abusividades pelos magistrados. Como se não bastasse, a súmula inverte a lógica protetiva do CDC, deixando o consumidor injustificadamente desprotegido, e protege logo as instituições financeiras, que são recordistas em ofensas aos direitos básicos do consumidor em nosso país.

Em uma análise mais profunda, podemos afirmar, ainda, que a Súmula 381 do STJ padece de vício de inconstitucionalidade. É que o Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A Constituição da República consagra, ainda, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170). Ora, se a defesa do consumidor é princípio constitucional, a súmula do STJ, ao deixar de defender a figura do consumidor para privilegiar os bancos, que são famosos pela desobediência ao CDC, ofende claramente a *Lex Matter,* sendo portanto inconstitucional.

Sobre este posicionamento adotado pelo STJ, externado na Súmula 381, interessante trazer à baila as severas críticas feitas ela, Ministra do próprio Tribunal Nancy Andrighi, em palestra proferida no *III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ* no âmbito do direito público e privado, realizado no auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça – Rio de Janeiro, em 02 de dezembro de 2005:

> vedar o conhecimento de ofício, pelas instâncias originárias, de nulidades que são reputadas pelo Código de Defesa do Consumidor como absolutas,

> notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo em detrimento do direito material. (ANDRIGHI, 2005)

E continua:

> há incoerências do entendimento pacificado de o Tribunal de Justiça não poder conhecer de ofício as nulidades quando não provocado especificamente pela parte, por causa de outra interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Código de Defesa do Consumidor, quanto à questão relativa à incompetência relativa suscitada em razão das cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos de adesão. Como regra geral, a cláusulas de eleição de foro cuida de incompetência relativa e o juiz só pode pronunciá-la se provocado pela parte interessada, tudo nos termos do art. 112 e 113 do Códifo de Processo Civil e sedimentada na Súmula 33 do STJ. Todavia a jurisprudência do STJ uniformizou-se no sentido de que, cuidando de contrato que regula relação de consumo, deve-se mitigar a regra do CPC e reconhecer de ofício a incompetência especialmente quando a cláusula vem formulada em sede de contrato de adesão. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC. Por isso cabe a indagação: Se o STJ, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusulas de eleição de foro com base na sua abusividade, porque assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam estar inseridas no contrato? Não há razão para adotar posicionamentos diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares.

A súmula sob estudo é um retrocesso. O consumidor é vulnerável, sendo necessário permitir que o magistrado intervenha de ofício na relação a fim

de assegurar o equilíbrio contratual. O argumento de que o magistrado deve ser imparcial, e que portanto não poderia sair em defesa do consumidor em um processo sob sua presidência não merece guarida. As normas do Código de Defesa do Consumidor são de interesse social, ou seja, não interessam apenas às partes, mas possuem relevância para a coletividade. A partir do momento em que o fornecedor comete um abuso e não é sancionado, posteriormente outros consumidores estarão sofrendo dos mesmos abusos. Esse é justamente o fundamento de criação do CDC: o reconhecimento de que os fornecedores cometem abusos, e que o consumidor é vulnerável, devendo ser protegido pelo Estado, que deverá adotar uma conduta pró-ativa a fim de reequilibrar as relações de consumo. A vontade do legislador ao editar o CDC foi de proteger o consumidor, possibilitando a atuação de ofício do magistrado, para que reconheça a abusividade de cláusulas que são nulas de pleno direito.

A garantia constitucional da proteção e defesa do consumidor é cláusula pétrea. Significa que é impossível de ser suprimida pelo legislador, inclusive através de emendas constitucionais. José Ernesto Furtado de Oliveira (2002, p. 147) doutrina que o CDC, por ser legislação "complementar" à Constituição, criou direitos que já pertencem ao patrimônio jurídico de todos os consumidores, afirmando que nenhuma lei que venha alterar para pior tal situação jurídica ou restringir tais direitos já consagrados será recepcionada por nosso ordenamento jurídico, e muito menos com ele viverá.

Ora, se sequer leis ou até mesmo emendas à Constituição têm o condão de suprimir ou restringir a garantia constitucional de defesa do consumidor, parece-nos evidente que súmulas do Superior Tribunal de Justiça também não o têm, motivo pelo qual deve o verbete de número 381 deste Tribunal ser imediatamente cancelado por ir de encontro à doutrina majoritária, à jurisprudência nacional e do próprio Tribunal, além de sofrer de vício de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Conforme estudado, a preocupação com a figura do consumidor atravessou séculos, tendo seu início há 4 mil anos, no Código de Hammurabi, onde já era possível identificar, ainda que de maneira singela, a tutela do consumidor.

Com a evolução da sociedade, que passou a ser excessivamente

consumista e imediatista, surgiu a figura do contrato de adesão, que deu azo para inclusão, em seu bojo, de cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em excessiva desvantagem. Diante deste cenário, o Estado passou a intervir, e legislações visando a proteção da figura do consumidor começaram a ser editadas ao redor do mundo.

No Brasil, foi a própria Carta Magna que reconheceu a necessidade de tutelar-se o consumidor, e preconizou como direito fundamental e como princípio da atividade econômica a defesa do consumidor, além de ter determinado que o legislador ordinário editasse um Código de Defesa do Consumidor.

Obedecendo ao comando constitucional, entrou em vigor em 1991 o CDC, uma das legislações consumeristas mais avançadas do mundo. Instaurava-se, assim, uma ordem pública de proteção aos consumidores. O CDC entrou no ordenamento jurídico brasileiro de forma horizontal, sendo em verdade um microssistema, dotado de normas e princípios próprios. O CDC é matéria de ordem pública e de interesse social, estando suas disposições acima da vontade das partes. É o Estado intervindo nas relações privadas, reduzindo a abrangência do superado princípio da autonomia da vontade.

Além disso, o CDC fulmina de nulidade absoluta as cláusulas abusivas em contratos de consumo, divergindo da técnica adotada pelo Código Civil, que separou as invalidades em anulabilidades (nulidades relativas) e nulidades (nulidades absolutas). O CDC conhece apenas as nulidades absolutas, e portanto, sendo as cláusulas abusivas nulas de pleno direito, sua abusividade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Assim se posiciona a maioria absoluta da doutrina brasileira, bem como este foi o entendimento adotado pela jurisprudência majoritária durante anos.

Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao arrepio da lei, ofendendo o CDC, a doutrina, a jurisprudência, e pela via indireta, a Constituição Federal, editou a Súmula 381, vedando ao magistrado conhecer de ofício a abusividade de cláusulas em contratos bancários. Com isso, ofendeu decisão da Suprema Corte, que estabeleceu ser o CDC aplicável às instituições financeiras. O STJ beneficiou, com o verbete 381, o tipo de fornecedor que mais desrespeita os direitos dos consumidores, devendo tal entendimento ser urgentemente revisto, com o consequente cancelamento da tão criticada súmula, a fim de que o Código Consumerista possa realizar plenamente seu intento de reequilibrar as relações de consumo no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Manole, 2006

ANDRIGHI, Nancy. *Em palestra proferida no III Ciclo de Palestras sobre Jurisrudência do STJ no âmbito do direito público e privado*, realizado no auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça – Rio de Janeiro, em 02 de dezembro de 2005.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILÁQUA apud NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Neto *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. [*et al.*]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Furtado de. *Reformatio in pejus do CDC: impossibilidade em face das garantias constitucionais de proteção.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor.* Campinas: LZN, 2003.

Ricardo Maurício Freire Soares. *A nova interpretação do código de defesa do consumidor.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
RODRIGUES *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.
RODRIGUES, Otávio Luiz Júnior. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
ROPPO, Enzo *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.
SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei 8.078, de 11.9.90.* 3ª ed. São Paulo: Ltr, 1998.
SILVA, Luis Renato Ferreida da. *O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor.* Revista de Direito do Consumidor São Paulo: Revista dos Tribunais, v.8, 1993.
TALENTO, Biaggio. O Estado de São Paulo, 24-09-2000, p. A-20.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.