
A INCONGRUÊNCIA DA SÚMULA 381 DO STJ FRENTE AO SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

BRAZILIANS SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S PROVISION N° 381 AT THE BRAZILIAN SYSTEM OF CONSUMER PROTECTION

ANTONIO CARLOS EFING

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: ace@eradv.com.br

DENISE PIPINO FIGUEIREDO

Mestre em direito socioambiental pela PUC/PR. Professora da Faculdade de Rolim de Moura. Juíza de Direito. Professora da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco.

RESUMO

Objetivo: o presente artigo busca discutir a respeito da Súmula 381 diante do sistema jurídico brasileiro. Para tanto foi feita uma análise a respeito dos precedentes para a formulação do enunciado, bem como a forma que a questão é posta pela doutrina nacional. O estudo baseou-se no direito de defesa do consumidor como direito fundamental, avocando-se as bases da função social do contrato.

Metodologia: utiliza-se o método dedutivo, por meio de uma abordagem bibliográfica e documental, mediante a leitura de livros e artigos científicos, bem como a revisão da legislação e jurisprudência sobre o tema.



Resultados: propõe-se uma reflexão sobre a incompatibilidade da Súmula 381 com o sistema de direitos fundamentais, o que demonstra que referida súmula representa um retrocesso na defesa do consumidor.

Contribuições: O estudo traz como uma de suas contribuições a demonstração da falácia da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras chaves: Direitos fundamentais; Direito do consumidor; Súmula 381 STJ.

ABSTRACT

Objective: *the present article seeks to discuss about Brazilians Superior Court of Justice's provision nº 381 in the Brazilian legal system. For that, an analysis was made of the precedents for the formulation of the justice's provision, as well as the form that the question is posed by the national doctrine. The study was based on the right of defense of the consumed as a fundamental right, laying the foundations of the social function of the contract.*

Methodology: *the deductive method is used, through a bibliographic and documentary approach, through the reading of books and scientific articles, as well as the revision of legislation and jurisprudence on the subject.*

Results: *a reflection is proposed on the incompatibility of Provision 381 with the system of fundamental rights, which leads to the conclusion that this provision represents a real setback to the effectiveness of the fundamental right of consumer protection.*

Contributions: *The study brings as one of its contributions the demonstration of the fallacy of Summary 381 of the Superior Court of Justice.*

Keywords: *Brazilians Superior Court of Justice's provision nº 381; Fundamental Rights; Consumer Law.*

1 INTRODUÇÃO

Há quase 29 anos a Constituição Federal de 1988 era promulgada, com ela a esperança de dias melhores, mais efetivação dos direitos fundamentais e menor abuso daqueles com poderio econômico. O Constituinte ante o quadro vivenciado de



um regime militar resolveu por bem estabelecer uma constituição analítica, a fim de evitar qualquer interpretação, lei ou rumo contrários ao espírito daquele momento.

Sabendo da necessidade de se proteger os mais vulneráveis estabeleceu uma série de direitos que elevou ao patamar de fundamentais, como a proteção a criança e adolescente, a presunção de inocência e a proteção ao consumidor. O Constituinte receoso que a norma se tornasse letra morta, não apenas elevou ao status de direito fundamental, como também determinou que o Congresso em 180 dias da promulgação editasse o código de defesa do consumidor, tamanho o reconhecimento da vulnerabilidade daquele.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 51 estabeleceu que as cláusulas abusivas ao direito dos consumidores seriam nulas de pleno direito, podendo, portanto, ser anuladas de ofício pelo juiz.

Muitos se opuseram a nova lei, como a Confederação Nacional dos Bancos que propôs a ADIn nº 2.591-1 com objetivo de afastar a aplicação do CDC aos bancos, tese afastada pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, no cenário nacional, qualquer relação de consumo avoca a aplicação das regras do microsistema aportado no CDC.

Com base nesta premissa, somada a função social do contrato estabelecido pelo Código Civil, disposições que convivem pacificamente com as regras do CDC em um verdadeiro diálogo das fontes, é que se pretende demonstrar a falácia da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

2 OS PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS DA AUTONOMIA DA VONTADE COMO DOGMA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

2.1 O CONTRATO NO MUNDO ANTIGO

O contrato pode ser considerado um dos mais antigos institutos do Direito Civil, cuja função era regular a conjugação de vontades para um determinado fim,



como por exemplo, no contrato de compra e venda, há um indivíduo que deseja alienar o seu bem e outro que pretende adquiri-lo, concordando as partes com o preço, ter-se por realizada a convenção.

Como bem explica Tartuce (p. 421), o conceito de contrato é tão antigo quanto o surgimento do homem e da sociedade, ou seja, desde o momento em que o ser humano precisou conectar-se ao outrem em busca de um serviço, bem, produto ou até mesmo a conciliação de forças para algo em prol de ambas as partes:

Nas antigas e primitivas civilizações é possível verificar a existência de contratos. Isso porque nessa época remota da história o homem já vivia em comunidade com seu semelhante. Nesse tempo, o direito primitivo se estabelecia pelo costume e tradições chamados de leis consuetudinárias, estas regulavam os contratos e eram concebidos naquele tempo como acordos realizados, ou seja, verdadeiros pactos. Tal situação ocorria mediante as condições que o homem se deparava e diante das dificuldades que enfrentavam. (FERREIRA, 2008, p.11)

Para Santos embora não seja possível precisar a época de sua origem, sabe-se que o berço do contrato individual remonta ao direito egípcio e mesopotâmico há cerca de 4500 anos antes de Cristo. Esse fato deu-se em decorrência da migração da propriedade comum para a privada. A força vinculante dos contratos somente ocorria se fosse feito uma espécie de juramento em nome do faraó, pois temia-se que o inadimplemento fosse despertar a fúria dos deuses (2002, p.12-13). Daibert, a seu turno, afirma que o nascimento do contrato teria ocorrido simultaneamente a criação da moeda pelo povo hebreu (1977, p.13).

Santos (2002, p.14) destaca que na Grécia antiga o contrato teria se aperfeiçoado, uma vez que passara a ser fonte da razão e não do direito divino, em que pese possuía elementos morais e religiosos. Os romanos dividiam o contrato em *pactum* e *contractum*. Para eles, *pactum* seria um simples acordo de vontades, sem formal vinculativa, ou seja, uma espécie de obrigação natural, sem força executiva. O jurisconsulto Paulo afirmava que do simples pacto não nascia ação (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p.246). O *contractum* era um pacto formal e típico apto a vincular as partes. Com o passar dos anos, os *pactum* foram perdendo sua praticidade até que



se extinguirem. A partir de então, passa-se a obrigatoriedade do contrato em razão de sua própria celebração, sendo despicienda perquirir a respeito.

2.2 CONCEITO DE CONTRATO

Diniz (2008, p.30) conceitua contrato como:

Acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

O contrato pode ser definido com uma espécie de negócio jurídico celebrado entre duas ou mais pessoas com o fito de adquirir, resguardar, extinguir, conservar ou modificar direitos, cuja formação depende da existência de vontade.

A vontade, conforme será visto no tópico abaixo, por muito tempo foi considerada como fonte primária e principal para a vinculação entre os contratantes, a ponto de se afirmar que o contrato fazia lei entre as partes, cujas cláusulas deveriam ser cumpridas tal como firmadas.

2.3 A AUTONOMIA DA VONTADE

Doutrinadores como Gomes (2000, p.05) e Pereira (1996, p.12) afirmam que a teoria moderna do contrato não encontra raízes no direito romano, sendo as maiores fontes inspiradoras o direito canônico e o jusnaturalismo. Marques, a partir de estudos franceses aponta que são quatro as principais fontes a autonomia da vontade no direito, concorda, portanto com Gomes, Pereira e Lobo quando apontam o direito canônico como uma das origens da autonomia da vontade, acrescenta o direito natural, as teorias de ordem política e a Revolução Francesa e as teorias econômicas (2014, p .63-67).

O direito canônico foi importante marco a destacar a autonomia da vontade como suficiente para validar a força vinculante dos contratos, afastando-se, portanto,



do formalismo exacerbado do direito romano antigo. Ademais, acreditava-se que ao descumprir um contrato o indivíduo estaria praticando a mentira, uma espécie de pecado, que merecia a devida punição. Nessa época “se a obrigação fosse assumida de forma livre e consciente não haveria motivos para se descumprir o contrato” (MIRANDA, 2014).

No século XII com a publicação da obra *Decretum Magister Gratiani* (1134-1148) tentou-se afastar dos ditames romanos a diferença que havia entre homens, mulheres, crianças, escravos e estrangeiros (SANTOS, 2002,p.17). Nessa obra, portanto, busca-se a fraternidade universal que anos depois influenciou a Revolução Francesa. A vontade passou a ser elo entre as partes, a qual poderia ser externalizada de qualquer modo, sendo despiciendo o formalismo pregado pelos antigos romanos.

Com Graciano e a codificação canônica, o contrato deixou de ter aquele formalismo herdado dos romanos. Admitiu-se que o juramento não seria necessário à validade da promessa, pois a simples mentira tornara-se pecado mortal. Essa é a notável contribuição para a evolução do direito contratual (SANTOS, 2002, p.17)

A partir das ideias de Kant, na qual a pessoa humana torna-se um ser provido de razão, sendo capaz de exprimir a sua vontade (MARQUES, 2014, p. 64). Se a razão é a base desse novo sujeito, não haveria outro caminho que não a consideração de manifestação livre como fonte de criação dos contratos e passível, portanto, de cumprimento.

Outro fator importante para a força da autonomia da vontade foram as teorias de ordem pública e a Revolução Francesa. O direito moderno nasceu juntamente com a Revolução Francesa (REALE, 1990, p. 73), a qual teve como base teórica as ideias do contrato social formuladas por Rousseau.

A autonomia da vontade era o ponto nevrálgico dos contratos. Para Ribert, o contrato fazia lei entre as partes, lei superior as demais, e uma vez firmado não poderia mudá-lo (2000, p. 45).



Soma-se a isso, movimento político e social vivenciado pela Europa. A partir do Século XVIII a burguesia começa a consolidar seu poder econômico, a revolução industrial modifica as relações sociais e até mesmo o modo de vida. A nova classe composta por comerciantes e burgueses não viam com bons olhos o absolutismo.

Para eles era incompatível as ideias liberais com aquelas propagadas pelo regime absolutista (FLORENZANO, 1987, p. 25). O descontentamento dessa nova classe, somada a insatisfação de toda população ante os privilégios da nobreza e do clero desencadearam o desejo por mudança que a seu turno resultou na queda da bastilha.

Na sequência, Napoleão, com apoio da burguesa, toma o poder e promulga o Código Civil. O Código Civil Napoleônico foi pensando para instaurar a nova ordem jurídica surgida e regulamentar os ideais liberais.

Se de um lado havia um regime que se sustentava acima da lei, com mandos e desmandos, agora era preciso um regime em situação diametralmente oposta. O império da lei nascia, com normas que não cabiam interpretação. “O medo de um retorno ao absolutismo monárquico refletiu no direito, levando à criação do chamado *Code Civil des Français*” (SANTOS, 2002, p.21).

A autonomia da vontade e a força vinculantes dos pactos estava presente em toda a codificação. As ideias capitalistas e o liberalismo econômico conclamavam a liberdade de mercado. Os indivíduos eram livres para celebrar contatos e uma vez observadas as regras o ajuste era obrigatório, vinculando os contratantes na medida do pactuado (CARLOS, p.2)

Outro ingrediente essencial foi o surgimento do Estado Liberal. Adam Smith é o pai do liberalismo econômico, para ele o mercado seria capaz de controlar os resultados econômicos do trabalho e do capital (SOUZA,1979, p.98). Para Smith, a economia seria comandada por uma espécie de mão invisível.

A doutrina liberal pregava a ampla liberdade, como a livre concorrência e divisão do trabalho. Já o Estado bastaria promover a defesa da sociedade em caso de ataques externos; proteção dos membros contra práticas injustas ou opressoras de outros membros e manutenção das instituições que não poderiam ser regidas



pelos particulares ante o desinteresse daqueles (GUITTON, 1971, p.52). Ao Estado restavam, portanto, as funções de segurança, sistemas de justiça e manutenção das instituições mínimas para a manutenção de sua estrutura, desde que, quanto a estas, não houvesse interesse dos demais membros do corpo.

O Estado, nesse momento, atua quase como uma figura coadjuvante, garantindo o mínimo para a manutenção saudável do sistema liberal, o qual, como já alinhavado, era capaz de regular por si só todo o sistema ante a mãe invisível do mercado.

Estes seriam os fatores que contribuíram, conforme explica, Marques (2014, p.65) para a doutrina da autonomia da vontade como pilar das relações contratuais, conceito este que tem sido objeto de reflexão ao longo dos tempos e ponto central de discussão em promulgação de leis que buscam a proteção dos menores favorecidos nas relações contratuais como empregados e consumidores.

O princípio da autonomia da vontade é um dos elementos formadores do contrato, a vontade é um dos elementos formadores do contrato, um de seus principais elementos de construção, sendo imperiosa que as partes tenham a liberdade de estabelecer relações impondo efeitos que possam ser reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Há muito a visão de igualdade entre os contratantes foi mitigada. A autonomia da vontade mostrou-se incapaz de regulamentar as relações contratuais, porquanto nem sempre os contratos eram celebrados por pessoas que estavam no mesmo patamar, a hipossuficiência de um dos polos contratantes gerou situações desequilibradas, como a aceitação de salários abaixo do mínimo, pactos leoninos, trabalhos sob condições desumanas, apenas para citar alguns dos exemplos. Imperioso se tornou a adoção de mecanismos que pudessem proteger aqueles que se encontram em situações de desigualdade.



O modelo liberal fincado na igualdade formal entre as partes e a liberdade de contratar não se mostrava mais hábil para os anseios da sociedade, clamando a intervenção estatal nas relações negociais. No escólio de Theodoro Júnior, hodiernamente os contratos estão revestidos de normas de ordem pública, como a função social do contrato, a supremacia do interesse público. Para o autor o Estado Democrático de Direito demanda o intervencionismo estatal para “superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos” (2004, p.6).

A autonomia da vontade pressupõe que haja uma relação de igualdade entre as partes, sob pena de ser utilizada como instrumento opressor, na qual o contratante mais forte pode se empoderar desta liberdade e promover abusos em detrimento de outrem. A regulamentação do contrato com vistas a sanar a desigualdade entre os polos serviu para amparar a parte mais fraca ante o poderio da outra, é preciso conferir proteção a este indivíduo. A função social do contrato justamente surge para evitar que situações de abuso possam prosseguir ao argumento de estarem fundados no arcabouço jurídico.

A Constituição Federal traça como um dos fundamentos a serem perseguidos a solidariedade, destacando ainda, a justiça social e a livre-iniciativa, as quais devem curvar-se a dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, deve ser afastado a noção de individualismo que imperou as relações entre os homens, mesmo que na esfera contratual. Não há mais ilhas, mas sim conurbações sociais, realidade esta que reflete na formulação e condução dos contratos pelas partes.

A função social do contrato tem como norte limitar a autonomia da vontade sempre que esta estiver em confronto com o interesse social (PEREIRA, 1996, 13-14), podendo limitar, portanto, a atuação das partes. Não mais vigora o princípio da autonomia da vontade como cerne único e absoluto para a validade dos contratos, a autonomia da vontade persiste desde que observadas todas as regras e princípios normativos, em especial, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana e a vedação do enriquecimento indevido. Em outras palavras, a função social do



contrato preconiza a liberdade de contratar, mas limita a liberdade contratual. Os indivíduos ainda podem decidir se celebram ou não contratos e estabelecer seu conteúdo, mas sua atuação deve voltar-se não apenas a vontade individual, é preciso respeitar a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente.

Ainda que o art. 421 do Código Civil preconize a limitação da liberdade de contratar, refere-se, em verdade, à liberdade contratual, porque a oportunidade e a conveniência de contratar não sofre entraves, porque as partes possuem a prerrogativa de optar pela realização ou não do contrato. O que efetivamente sofre significativas limitações é a chamada liberdade contratual. Esta sim sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O 'iuscogens', o direito imperativo defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade (WALD, 1992, p.153).

A visão moderna lastreada nas disposições do Código Civil, em especial o seu artigo 421 que retrata a função social do contrato somado ao regramento estabelecido pela lei consumerista emolduram a nova concepção do contrato, que leva em conta não apenas a vontade dos celebrantes, mas também os efeitos deste perante a sociedade. A intervenção estatal pelo direito tem um papel importante na efetivação do equilíbrio contratual na nova concepção do contrato. Rotta leciona que esta delimitação imposta pela lei também exerce função legitimadora da autonomia da vontade, uma vez que passa a proteger interesses, não de cunho individual, mas coletivo, valorizando a confiança e expectativas depositadas (2008, p.207), convalidando a boa-fé e os deveres anexos. O contrato passa a exercer não só a função econômica como também a de atender aos anseios sociais. As disposições patrimoniais são apenas uma das vertentes dos contratos, mas não o fim único ou o mais importante.

Silva (2003, p.598) afirma que a função social do contrato insere no plano de validade, de modo que nenhuma convenção poderá prevalecer se contrariar o preceito que é alçado a condição de ordem pública.

Segundo Nalin (2001, p.226) destaca que apesar do contrato que fere a função social ter efeitos jurídicos, como os atributivos, circulatórios e existenciais, tal não impede de gerar efeitos nocivos, a alguma das partes, a ambas ou até mesmo a



coletividade, daí porque suas disposições geram a nulidade da avença. Azevedo, a seu turno, pugna pela conservação fática, sempre que possível (2002, p.66-67).

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprios afetados. [...] Combinado aos demais princípios [...], o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual (NEGREIROS, 2006, p.208).

O princípio da função social do contrato é norma de ordem pública vinculante de todo contrato, sendo inadmissível qualquer convenção particular para afastá-la ou diminuir-lhe os efeitos ou atuação, é um instrumento importante para concretude da dignidade da pessoa humana, porquanto é meio hábil a impedir contratos abusivos, nos quais a condição de supremacia de uma parte em relação a outra seja capaz de gerar situações desiguais ao pretexto de terem sido firmadas sob o estandarte da autonomia da vontade.

A função social do contrato não invalida a autonomia da vontade, tão somente “atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana” (NEGRÃO, GOUVEIA, 2004, p.114).

4 O EQUÍVOCO DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia 22 de abril de 2009 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 381 que trata da vedação do reconhecimento de ofício de cláusulas abusivas nos contratos bancários: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

A elaboração do enunciado teve como precedentes os seguintes Recursos Especiais: AgRg nos EREsp 801421 RS 2006/0225242-8;.AgRg no REsp 782895



SC 2005/0156263-9; AgRg no REsp 1006105 RS 2007/0269634-1; AgRg no REsp 1028361 RS 2008/0025524-; EREsp 645902 RS 2005/0027242-8; REsp 541153 RS 2003/0073220-8; REsp 1042903 RS 2008/0065702-7 e REsp 1061530 RS 2008/0119992-4, escolhido como representativo da controvérsia e cuja decisão serviu como base para edição da Súmula 381:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO [...] Para os efeitos do §º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. [...] ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresse, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. [...]. (REsp. 1061530 RS 2008/0119992-4(BRASIL)).

Garcia aponta as razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça edição da súmula, destacando que na ocasião restaram vencidos a Ministra Nancy Andrighi e Luiz Felipe:

A hipótese decidida pelo STJ referia-se à ação revisional de contrato bancário, 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 recursal que, assim procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado 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. [...] Sobre esse novo posicionamento do STJ, vale destacar as severas críticas feitas pela Ministra Nancy Andrighi, sustentando que “vedar o conhecimento de ofício, pelas mesmas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC 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” (GARCIA, 2011,p.7-8).

Não obstante a posição do STJ, salta aos olhos a sua incompatibilidade com a Constituição federal, Código Civil e Código de defesa do Consumidor.

A Carta Magna, no Título II, Capítulo I, elevou a defesa do consumidor como direito fundamental ao prescrever em seu artigo 5º, XXXII, a obrigatoriedade do estado em promover a defesa do consumidor mediante lei (artigo 48). O Constituinte foi mais além e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi expreso ao impor ao Congresso a edição do Código de Defesa do Consumidor em 180 dias a contar da promulgação da Constituição. O Congresso Nacional com um pouco de atraso editou o Código de Defesa do Consumidor pela Lei 8.078/90.

O artigo primeiro do microssistema dispõe se tratar de um código com normas voltadas a proteção e defesa do consumidor, normas estas de ordem pública e interesse social. Os dispositivos demonstram com clareza que os direitos consumeristas têm caráter constitucional e as normas de proteção status de ordem pública e social, embora ainda não se tenha um conceito exato do que vem a ser ordem pública.

Costa e Pimenta (1999, p.375) apontam a dificuldade em se conceituar ordem pública, a qual seria um conjunto de regras, que também podem ser entendidas como princípios que devem ser deduzidas pelo magistrado, não pode ser determinada por meios de elementos, tampouco mediante métodos analógicos e aproximativos (STRENGER, 1968, p.119).

Gonçalves (2009, p.24) ante a dificuldade em se conceituar a ordem pública trouxe alguns exemplos de normas que avocam essa característica, como normas relativas ao casamento, filiação, sucessão; organização política e administrativa do estado; bases para as relações econômicas; preceitos fundamentais do direito trabalhista. Por fim, conceitua como “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação”.



Quando a uma norma se confere a condição de norma de ordem pública significa que todos devem a ela obediência e sua infração pode ser reconhecida até mesmo de ofício de juiz. Não apenas é de observância obrigatória, como não se admite derrogação, sendo proibido que as partes a pretexto da autonomia da vontade afastem seus ditames. As normas de ordem pública funcionam como uma espécie de limitação a autonomia da vontade. As partes é possibilitado a liberdade em contratar, mas as avenças não podem ir de encontro as disposições de ordem pública, dentre as quais, as normas de proteção ao consumidor.

O CDC ao estipular em seu artigo 51 a proteção contratual aponta de forma exemplificativas algumas das situações que ferem a ordem pública, e, portanto, padecem de validade. Ora, se são cláusulas tidas como abusivas, justamente porque ferem os direitos consumeristas, por óbvio a sua nulidade pode e deve ser reconhecida de ofício, mesmo quando se trata de contrato firmado entre consumidor e instituição financeira.

Avocando as disposições do Código Civil, em um verdadeiro diálogo das fontes, vislumbra-se que para a validade de qualquer negócio jurídico, conforme estipulado no artigo 104, são necessários três requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Na sequência, ao prescrever quanto a invalidade do negócio jurídico, destaca a lei civilista (art.166) ser nulo o negócio quando a lei assim o declarar, proibir sua prática.

Ante as determinações dos artigos citados, o legislador no artigo 168 aponta que as nulidades absolutas, dentre as quais as de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer momento por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público quando atuar no feito. O problema no negócio jurídico é tão grave que o juiz não precisa ser provocado para conhecer da nulidade, sequer pode supri-la ainda que haja expressa manifestação as partes neste sentido.

Quanto à função social do contrato, o Código Civil, em seu artigo 2.035, parágrafo único, de redação cristalina, assevera que nenhuma convenção poderá



prevalecer se contrariar os preceitos de ordem pública, como a função social do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça ao vedar o conhecimento de ofício em contratos bancários das cláusulas abusivas dá sentido a lei diverso do estabelecido pelo legislador, fugindo cristalinamente de sua função de intérprete da legislação infraconstitucional.

O consumidor é parte vulnerável na relação entre fornecedores e prestadores de serviço, condição esta reconhecida pelo sistema de proteção consumerista, avocando uma proteção ao contratante mais fraco desta relação, sendo que a inobservância destes direitos é ofensiva aos direitos humanos fundamentais:

Tamanha é a dependência do consumidor que, em determinados casos, o controle e risco sobre sua saúde, segurança e até mesmo a vida são obrigatoriamente confiados a fornecedores, gerando situação de subordinação e dependência perante estes. O descumprimento dos princípios de defesa do consumidor pode gerar condição de penúria ou danos irreversíveis em afronta aos direitos humanos fundamentais do indivíduo e de sua coletividade (SCARPETTA, EFING, 2015, p. 138-139).

O Congresso Nacional ante essa peculiar condição do consumidor (vulnerabilidade) pretendia que o controle das cláusulas abusivas caberia ao Ministério Público, não fosse o veto presidencial ao §º do artigo 51 e §º do artigo 54. As razões que levaram ao veto foi a suposta outorga ao Ministério Público para proceder controle abstrato de cláusulas contratuais, cuja competência é do Poder Judiciário.

Evidente, pela norma em destaque, que as normas de ordem pública não podem ser afastadas, ainda quando se trata de relações entre pares, muito menos então quando presente a relação consumerista ante vulnerabilidade do consumidor. Ora, se o legislador trouxe como abusivas as cláusulas em contratos de consumo que violem a ordem pública, é porque as entende como ilícitas, despidas de conteúdo jurídico justo. Não poderiam os Ministros darem



interpretação restritiva, excluindo as instituições financeiras, quando o congresso, representante do povo e com competência para a elaboração de leis, não o fez.

Além de contrariar as disposições constituições e infraconstitucionais. O Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma contrária ao disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591, conhecida como ADIn dos Bancos. O Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da ADIn promovida pela Confederação Nacional dos Bancos afastou qualquer dúvida quanto à aplicação do CDC as instituições financeiras.

Se há relação consumerista entre instituições financeiras e o consumidor, não há nenhuma razão de ordem lógica a afastar as disposições do artigo 51 em contratos firmados entre as partes.

Nitidamente, a declaração de abusividade de cláusula abusiva em contrato bancário não ofende aos princípios da ampla defesa e contraditório, ao reverso, caminham para a efetivação do direito fundamental de assegurar a defesa do consumidor-vulnerável.

Trata-se de um dever do julgador afastar referidas disposições contratuais, mesmo na ausência de qualquer pedido do interessado. Esse agir também não se configura em afronta ao princípio da congruência, posto que sustentando sob preceitos constitucionais e processuais, os quais, vedam ações abusivos frente ao consumidor.

O poder Judiciário tem o dever de fazer o controle das cláusulas abusivas, mesmo que o consumidor não faça requerimento nesse sentido, sendo que essa imposição é de ofício e aplicada a qualquer momento. Diante disso, jamais seria ultra petita uma decisão que declarasse de ofício uma abusividade de cláusula de contrato que regule relação de consumo (PETRY,2012, p.109).

Não se nega a importância dos Tribunais Superiores quanto à interpretação da norma, podendo nesse mister editar súmulas a fim de pacificar o entendimento e conferir força normativa aos seus precedentes. Entrementes, o poder de interpretação da Corte de Justiça, como de qualquer outro magistrado, não pode ir



além do permissivo das leis, muitos menos propagar sentido diametralmente oposto a exegese da norma.

A Súmula 381 deve ser cancelada pois padece de inúmeros vícios que afastam sua conformidade com o direito nacional, como a afronta a Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. A vedação encartada na decisão do STJ impede a efetiva e plena defesa e proteção do consumidor. Ao favorecer o elo mais forte não apenas mina o direito fundamental de defesa do consumidor como fortalece as instituições financeiras e perpetua, mesmo que indiretamente, violações a dignidade do cidadão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato é algo tão antigo quanto a própria relação do homem com o próximo. A partir do singular momento em que um homem precisou de algo que pertencia a outro ou que poderia fazer surgem os primeiros pactos.

O contrato é uma manifestação de vontade na qual duas ou mais pessoas pretendem adquirir, modificar, extinguir direitos ou obrigações. Um dos pilares que sustenta a contratação é justamente a autonomia da vontade, a qual sofre limitações quando não há igualdade entre os contratantes.

O Constituinte diante da situação ímpar do consumidor frente aos prestadores e fornecedores de produtos e serviços destacou como direito fundamental a defesa do consumidor e determinou a elaboração de um código voltado a proteger a contratação pelos vulneráveis.

O CDC diante do caráter de norma fundamental ditou que as cláusulas abusivas devem ser afastadas de plano ante a nulidade absoluta gritante. A Súmula 381 do STJ representa um grave retrocesso ao sistema de proteção do consumidor, violando sobremaneira um direito fundamental ao vedar o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas em contratos firmados com instituições financeiras. Ao restringir o alcance de norma fundamental e de clareza



insípida o Superior Tribunal de Justiça atuou em desconformidade com a sua missão ao violar o mandamento constitucional com *status* de direito fundamental. Não só deu sentido diverso ao desejado pelo legislador quando estabeleceu no Código Civil a natureza de norma pública da função social do contrato e das nulidades absolutas estampadas no artigo 51 do CDC, como restringiu direito fundamental em ofensa a vedação do retrocesso, instituído como cláusula pétrea pelo constituinte.

A Súmula 381 deve ser repensada: ou se reformula sua redação de modo a vedar a revisão de ofício apenas em contratos bancários não firmados por consumidores, como o feito por grandes corporações ou é extirpada por inteiro do ordenamento jurídico. A sua permanência incólume não resiste perante o sistema protetivo do consumidor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm Acesso em: 4 jan. 2015

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Brasil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm Acesso em 18 set. 2017

CARLOS, Larissa Freitas. Os contratos e o Código de Defesa do Consumidor: algumas considerações acerca da nova teoria contratual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/705> Acesso em: 19 set. 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/96. In CASELLA, Paulo Borba (Coordenador). **Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional**. 2ª Ed., São Paulo: LTR, 1999.

CRETELLA Júnior J. **Curso de Direito Romano**. 15ª. Edição – Ed. Forense – Rio de Janeiro, 1993



DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos**: parte especial das obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Jaime da Silva. **Contratos na relação civil e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro e o reflexo social de justiça**. 2008.

FLORENZANO, Modesto. **As revoluções Burguesas**. 8. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

GARCIA, Leonardo de Mederos. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

GUITON, Henri. **Economia política**. Tradução de Oscar Dias Correa. 3. Ed. Rio de Janeiro: editor Fundo de Cultura, 1971.

LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25361> Acesso em: 18 set. 2017

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de defesa do Consumidor. 7ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2001

NEGRÃO, Teotônio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e legislação em Vigor**, 22. ed. São Paulo: saraiva, 2004

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da silva. **Instituições de direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. III

PETRY, Alexandre Torres. A súmula 381 do STJ coo afronta ao sistema dos direitos fundamentais. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre. v.38, n.2, p.106-119, Jul/dez.2012. Disponível em:



<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12537/8403>.
Acesso em: 18 set 2017

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 45.

ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda - Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. **Revista Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 8, n. 1, p. 194-218, jan/jul 2008

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do Contrato**. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2004.

SCARPETTA, Juliano. EFING, Antonio Carlos. O direito do consumidor no Brasil e a Concretização dos Direitos Humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 3, nº 6, p. 136-160, jul./dez. 2015

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo: RT, 1968.

SOUZA, José Carlos Martins de. **Economia Política**: história dos fatos econômicos e conceitos fundamentais. 2. Ed. São Paulo: José Nushatsky, 1979.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992

