

# BMS

Consultoria & Advocacia

**Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) Relator(a) da 3<sup>a</sup> (Terceira)  
Turma do Superior Tribunal de Justiça.**

*Processo: Recurso especial n. 1.465.832; UF: RS;*

*Registro: 2014/0163562-5;*

*Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino;*

*Tipo: Processo eletrônico;*

*Em homenagem ao promotor de justiça de defesa do consumidor*

*Murilo de Moraes e Miranda<sup>1</sup> (In memoriam)*

**A MPCON – Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor**, pessoa jurídica de direito privado e inscrita no CNPJ n. 04.963.860/0001-81 e localizada na avenida Joana Angélica, n. 902, sala: 104, Bairro Nazaré, Salvador-Bahia, CEP: 40.050-0001 e neste ato representada pelo seu Presidente, por intermédio de seu advogado legalmente inscrito na Ordem dos advogados do Brasil, Seccional de Goiás, sob o número 19.833 e arrimado no § 4<sup>o</sup> do artigo 544<sup>2</sup> do Código de Processo Civil apresenta:

---

<sup>1</sup> Murilo de Moraes e Miranda foi promotor de justiça de defesa do consumidor no Estado de Goiás e Presidente da MPcon – Associação Nacional do Ministério Público de Defesa do Consumidor - na gestão 212/2014, dentre inúmeras outras atividades. Suas ações e ideias tiveram fortes impactos sociais e se tornaram referência, não ficava apenas no campo da abstração, há estatísticas que comprovam seu alto índice de eficiência. Contribuiu com a melhoria da mobilidade urbana, lutou por serviços públicos de qualidade, apresentou centenas de ações civis públicas para a defesa do consumidor e obteve êxito em quase todas. Seus feitos e resultados se espalharam pelo Brasil, ficou conhecido, conquistou à admiração e respeito de seus colegas Promotores, Juizes, Advogados e de nomes consagrados do direito. Foi um dos maiores entusiastas da defesa do consumidor no Brasil.

<sup>2</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei n° 11.672, de 2008).

§ 1<sup>o</sup> Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei n° 11.672, de 2008).

Rua 107, n. ° 175, quadra: F-22, lote: 29, setor Sul, Goiânia-Go, CEP: 74.085-060,

Telefone escritório: 62-3087-2330/62-3087-2331/62-8118-8258

E-mail: [leandrosilva@bmsadvocacia.com.br](mailto:leandrosilva@bmsadvocacia.com.br)

Sítio eletrônico: [www.bmsadvocacia.com.br](http://www.bmsadvocacia.com.br)

E-mail: [leandrosilva@leandrosilva.adv.br](mailto:leandrosilva@leandrosilva.adv.br)

Sítio Eletrônico: [www.leandrosilva.adv.br](http://www.leandrosilva.adv.br)

## MANIFESTAÇÃO A TÍTULO DE *AMICUS CURIAE* EM RAZÃO DO INTERESSE NA CONTROVÉRSIA

Nos autos do Recurso Especial em epígrafe em que figura como RECORRIDO/CONSUMIDOR **Joylson Elemar da Silva** e RECORRENTE/FORNECEDOR **Banco Fiat S/A**.

Esta manifestação é tempestiva, pois **antes do julgamento** poderá o Relator, ante a relevância da matéria, solicitar a manifestação de pessoas, órgãos, ou entidades com interesse na controvérsia, conforme prescreve o artigo 3º da Resolução n. 8, de 07 de agosto de 2008<sup>3</sup>, conforme entendimento jurisprudencial<sup>4</sup>.

---

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

**§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).**

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

<sup>3</sup> Resolução n. 08, de 07 de agosto de 2008: “Art. 3º **Antes do julgamento** do recurso, o Relator:

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, **ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de**

**A MPCON – Associação Nacional do Ministério Público**

**do Consumidor** é uma associação civil de âmbito nacional, multidisciplinar, sem fins lucrativos e filiação partidária, de caráter científico e pedagógico, de duração indeterminada e que congrega membros do Ministério Público Nacional e, conforme prescreve o estatuto social no seu artigo 2º, alínea “a”, tem como objetivo *“promover a proteção dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, garantindo a sua defesa judicial e extrajudicial.”* Logo, é legítima sua intervenção como *amicus curiae*, pois a relevância da matéria produz efeitos de interesses difusos, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo com relevância e sem relevância social e, também, atinge a esfera jurídica de direitos meramente individuais dos consumidores.

## **1 – DA EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO<sup>5</sup>.**

**peças, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia**, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

II – dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias.

<sup>4</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO A QUO. INVIABILIDADE DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS POR AQUELES QUE NÃO SÃO PARTES NO PROCESSO, DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS OU DE AMICUS CURIAE NESTA OPORTUNIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 543-C, § 4º. DO CPC E DO ART. 3º. DA RES. 8/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

**1. O § 4º. do art. 543-C do CPC, bem como o art. 3º. da Res. 08/STJ disciplinam que a admissão de interessados para manifestação em Recurso Especial admitido como representativo de controvérsia somente poderá ocorrer antes do seu julgamento pela Seção competente a critério do Relator.**

2. É inadmissível qualquer manifestação ou recurso apresentado por pessoas que não são partes no processo, seja na qualidade de terceiro ou de *amicus curiae* após o julgamento do Recurso Especial pela Seção competente.

3. Embargos Declaratórios não conhecidos.

(EDcl no REsp 1120295/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 24/04/2013)

<sup>5</sup> Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

**I - a exposição do fato e do direito;** (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução

O RECORRENTE/FORNECEDOR apresentou recurso especial com a pretensão de reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que tem a seguinte ementa (e-STJ: Fl. 200 e 214):

“Ementa: Apelação cível. **Ação revisional de contrato de arrendamento mercantil. Aplicabilidade do CDC.** Necessidade de revisão de cláusulas abusivas em contrato de leasing. Precedente do STJ. INEXISTÊNCIA DE JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO. VALIDADE DA NOTA PROMISSÓRIA EMITIDA EM GARANTIA DO DÉBITO. Juros moratórios em 1% a.m. Precedente. Ilegalidade da comissão de permanência. Multa moratória mantida em 2%. Possibilidade da repetição de indébito. TAC, TEC. Ilegalidade. Pedido de gratuidade da justiça. Presunção. Alegação do postulante suficiente ao deferimento do benefício à pessoa física. Precedentes. Concessão a qualquer tempo. Prequestionamento. Precedente. **Disposições de ofício.** Restituição do VRG pago de forma antecipada. Apelo do autor parcialmente provido; improvido o do réu, vencido o relator, quanto à limitação dos juros remuneratórios, à capitalização dos juros e à nulidade da nota promissória. **Com disposições de ofício**, vencida a vogal, quanto ao afastamento da tarifa de contratação (TAC e TEC). (Apelação Cível N° 70025669334, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos, Julgado em 28/08/2008)”

O RECORRIDO/CONSUMIDOR apresentou ação de conhecimento com pretensão de revisão de contrato de arrendamento mercantil contra o RECORRENTE/FORNECEDOR. Da narrativa do **suporte fático**<sup>6</sup> (PREMISSA MENOR), em concreto, extraí-se à

---

de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.(Redação dada pela Lei nº 11.341, de 2006).

<sup>6</sup> Ensina Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 81): “No estudo da problemática da juridicidade o primeiro elemento essencial a considerar é a previsão, por norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico (=o antecedente da estrutura lógica da proposição normativa, a que Pontes de Miranda denominou suporte fático, traduzindo a expressão *tatbestand*, criada pela doutrina alemã.)

Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto de normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito no

existência do fato jurídico de relação contratual na modalidade de arrendamento mercantil. Não há controvérsias sobre o plano de existência deste fato jurídico.

O **suporte fático** (PREMISSA MENOR), em concreto, narra a invalidade de cláusulas previstas na relação contratual de arrendamento mercantil em razão de **vício de nulidade**, pois são consideradas cláusulas abusivas. Logo, as controvérsias incidem tão somente sobre o plano de validade do fato jurídico.

QUANTO AO DIREITO, o RECORRENTE/FORNECEDOR demonstra a aplicabilidade *secundum legem* das **normas jurídicas infraconstitucionais** (PREMISSA MAIOR), em abstrato, prescritas nos artigos 421<sup>7</sup> e 422 do Código Civil. Demonstra, também, a aplicabilidade da **norma jurídica infralegal** prescrita na Resolução 1.064, de 05 de dezembro de 1.985, alegando que esta regulamentação do Banco Central “*deixa livre a cobrança dos juros pelas Instituições Financeiras, no qual a mercadoria é o dinheiro e seu preço - o juro - varia segundo as regras de mercado, algo parecido com a "lei da oferta e da procura"*”. Alega o RECORRENTE/FORNECEDOR que às normas jurídicas acima tem **lógica incidental** ao **suporte fático**<sup>8</sup> (PREMISSA

---

*mundo dos fatos, não no mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõe é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos.”*

<sup>7</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>8</sup> Ensina Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 81): “No estudo da problemática da juridicidade o primeiro elemento essencial a considerar é a previsão, por norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico (=o antecedente da estrutura lógica da proposição normativa, a que Pontes de Miranda denominou suporte fático, traduzindo a expressão *tatbestand*, criada pela doutrina alemã.)

*Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto de normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito no mundo dos fatos, não no mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõe é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos.”*

MENOR), em concreto, logo, ele concluiu pela **validade** do fato jurídico (e-STJ: Fl. 223 e 224).

Demonstra que para o preenchimento do cabimento recurso especial interposto houve contrariedade do acórdão aos dispositivos legais aferíveis pelo cotejo da ementa com os textos legais e fundamenta no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal.

## **2 - DO DELINEAMENTO DA QUESTÃO JURÍDICA A SER DECIDIDA E SUA ADEQUAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO;<sup>9</sup>.**

O despacho de afetação (e-STJ: Fl. 323 até 325) exarado no recurso especial que elevou o tema em questão à natureza de recurso repetitivo, pois há multiplicidade de recursos sobre o tema tratado, tem o seguinte despacho:

*“Passo a decidir.*

*Discute-se a possibilidade de o juiz ou tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais em negócios jurídicos de consumo (art. 51 do CDC).*

*Em relação a contratos bancários, a vedação da possibilidade de ser reconhecida de ofício a abusividade de cláusulas abusivas foi objeto da Súmula 381/STJ (“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”).*

---

<sup>9</sup> Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

I - a exposição do fato e do direito; (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

**II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;** (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.(Redação dada pela Lei nº 11.341, de 2006).

*A existência do enunciado sumular não impede, porém, que a matéria continue a ser submetida a esta Corte mediante recursos especiais.*

*Assim, tendo em vista a multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte com fundamento em idêntica controvérsia, afeto à SEGUNDA SEÇÃO o julgamento do presente recurso para, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidar o entendimento sobre as seguintes questões jurídicas: "**Possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais**".*

*Em face das reformas processuais previstas no novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor em março de 2016, será sugerida a alteração da redação do enunciado sumular para os seguintes termos: "**Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição**".*

Em resumo, a questão jurídica a ser decidida neste recurso repetitivo, segundo o Superior Tribunal de Justiça, incide sobre o plano de validade do negócio jurídico. Objetiva definir a incidência ou não de normas jurídicas nulificantes, especificamente, aquelas descritas no artigo 51<sup>10</sup> do Código de Defesa do Consumidor, bem como a modulação do momento da possibilidade de sua declaração. Tal matéria

---

<sup>10</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

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 vantagem 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.

§ 2º 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.

§ 3º (Vetado).

§ 4º 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.

foi considerada afetada em razão de inúmeros recursos repetitivos, conforme despacho do Relator (e-STJ: Fl. 323 e 325).

QUANTO AO DIREITO, a INTERVENIENTE demonstrará a possibilidade do juiz ou tribunal, de ofício, declarar a nulidade de cláusulas abusivas, conforme aplicabilidade *secundum legem* das **normas jurídicas infraconstitucionais** (PREMISSA MAIOR), em abstrato, prescritas nos artigos 166 e 168 do Código Civil, artigos 1 °, artigo 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

QUANTO AO DIREITO, a INTERVENIENTE demonstrará que **não** há lesão ao princípio da ampla defesa e do contraditório quando o juízo faz o controle judicial de invalidantes (nulidades) do negócio jurídico. O argumento é que o demandante pode aplicar sobre o suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>1</sup>), em abstrato. O demandado pode aplicar sobre o mesmo suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>2</sup>), em abstrato. Porém, o juiz ou tribunal pode aplicar sobre o mesmo suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>3</sup>), em abstrato. Não obstante, não há que se falar de lesão ao princípio da ampla defesa ou do contraditório, pois a parte se defende do fato e não do direito a ele aplicado. Esta possibilidade de aplicabilidade de normas jurídicas diferentes sobre o mesmo fato, seja pelo juiz, demandante ou demandado, é decorrente do brocardo latino: narra-me o fato, dar-te-ei o direito (*narra me factum dabo tibi jus*). Conforme aplicabilidade *secundum legem* das **normas jurídicas infraconstitucionais** (PREMISSA MAIOR), em abstrato, prescritas nos artigos nos artigos 166 e 168 do Código Civil, artigos 1 °, artigo 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

QUANTO AO DIREITO, a INTERVENIENTE demonstrará que **não** há lesão ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* e ao princípio da *reformatio in pejus*. O argumento que tais princípios **não** tem caráter absoluto, podendo ser limitados pela violação das normas



jurídicas de ordem pública<sup>11</sup>. O argumento é que, quando da entrega da prestação jurisdicional, o juízo deve fazê-lo mantendo indene o ordenamento jurídico e certificando se não há lesão à ordem pública, comportamento necessário para a segurança jurídica do jurisdicionado e da sociedade.

QUANTO AO DIREITO, a INTERVENIENTE demonstrará a inconstitucionalidade e ilegalidade da sumula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que deve ser cancelada. O argumento é que ela tem conteúdo normativo contrário à ordem jurídica, lesando **normas jurídicas infraconstitucionais** (PREMISSA MAIOR), em abstrato, prescritas nos artigos nos artigos 166 e 168 do Código Civil, artigos 1 °, artigo 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>11</sup> DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 5/STJ. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. APELAÇÃO. LIMITES. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. É inviável o exame da suposta violação aos arts. 122, 421 e 423 do Código Civil, tendo em vista que a aferição de um eventual caráter abusivo das cláusulas contratuais encontra óbice na Súmula 5/STJ.

3. Tendo o recorrente se limitado a alegar que o contrato de locação por ele afiançado conteria cláusulas abusivas, sem, contudo, apontar quais seriam e em que consistiria sua abusividade, resta caracterizada a deficiência de fundamentação do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

4. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. Precedente do STJ.

**5. Nos termos do art. 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação.**

6. Hipótese em que o Tribunal a quo agravou a situação do apelante ao condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios expressamente afastados na sentença, extrapolando os limites da matéria devolvida no recurso de apelação, o que importa em descumprimento do princípio non reformatio in pejus.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 893.218/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008)

### 3 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

#### 3.1 - DA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA; INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS E NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA REGULAMENTAÇÃO DESTA RELAÇÃO CONTRATUAL.

O **fato jurídico existente** narrado no suporte fático é o negócio jurídico de contrato de arrendamento mercantil, sendo que esta relação contratual tem natureza consumerista.

A relação jurídica firmada entre o CONSUMIDOR e o FORNECEDOR é uma relação de consumo<sup>12</sup>, logo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor regido pela lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 para disciplinar esta relação jurídica. Vejamos.

Para configurar uma relação jurídica de consumo é necessário se fazer presente duas partes, quais sejam, o fornecedor e o consumidor. O RECORRENTE é o fornecedor, pois é ele a pessoa jurídica privada (Instituição Financeira que oferta serviços bancários na modalidade de contratos de mútuos com pagamento diferido no futuro, especificamente, os contratos de arrendamento mercantil, dentre outros: contratos de alienação fiduciária e qualquer denominação atípica com a mesma natureza, bem como garantias hipotecárias) que desenvolve atividades de comercialização de produtos e serviços, sendo

---

<sup>12</sup> Direito imobiliário. Recurso Especial. Ação de Embargos de Terceiro à Execução. Construção e incorporação. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas).

Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Prêvia celebração de compromisso de compra e venda com terceiro adquirente. Invalidez da hipoteca.

- É nula a hipoteca outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.

- Recurso especial a que não se conhece.

(REsp 409.076/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 340)

que sua atividade tem subsunção ao artigo 3<sup>o</sup><sup>13</sup> do Código de Defesa do Consumidor.

No outro polo está o consumidor (pessoa que firma contrato de empréstimos (arrendamento mercantil ou leasing, alienação fiduciária, hipoteca e outros)) sendo ele é a pessoa física ou jurídica destinatária final dos produtos ou serviços ofertados, sendo que sua conduta tem subsunção ao artigo 2<sup>o</sup><sup>14</sup> do Código de Defesa do Consumidor. É indubitável a existência da relação de consumo entre a Instituição Financeira e seus usuários de produtos e serviços, que são identificados como consumidores, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481):

**EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o**

<sup>13</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (grifo nosso)

<sup>14</sup> “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. **Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.** ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

(ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481)

Diante do exposto, inquestionável é a existência do fato jurídico de relação de consumo entre o CONSUMIDOR e FORNECEDOR

determinado (aquele que firmou contrato com a Instituição Financeira) e os consumidores indetermináveis (aqueles que embora não firmaram contrato, mas estão exposto à prática abusiva ou ao vício da informação). Trata-se de prática abusiva efetivada contra o CONSUMIDOR prevista no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor e que estabelece em contrato de adesão a nulidade de pleno direito que afeta consumidores indeterminados<sup>15</sup> (CDC: Art. 29<sup>16</sup> e parágrafo único do artigo 2º). Conforme acima exposto, estamos diante, no caso em testilha, de dois conceitos de consumidor por equiparação<sup>17</sup>, o que torna mais nítida a relação de consumo.

O princípio da igualdade (CF: art. 3, inciso I e 5º, inciso I e outros)<sup>18</sup> insculpido explicitamente e implicitamente em diversas partes da Constituição Federal é um princípio nuclear a iluminar o operador do direito na busca de solução de conflitos de interesses intersubjetivos surgidos na complexidade da vida moderna e na realização da justiça. Portanto, este princípio aplica-se nas relações contratuais, buscando um equilíbrio de forças entre o sujeito ativo e sujeito passivo da relação jurídica. Porém, a vida moderna nos mostra que é impossível um equilíbrio de forças entre aqueles que exercem atividade mercantil (fornecedores) e aqueles que adquirem um produto como destinatário final (consumidor) e, por tal razão, o Constituinte concedeu uma proteção especial aos consumidores (Constituição

---

<sup>15</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

<sup>16</sup> “Art. 29. Para o fim deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele prevista.”

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

<sup>17</sup> Ou consumidor *by standart*, como prefere Nelson Nery Junior.

<sup>18</sup> Constituição Federal/88:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

Federal: art. 5 ° XXXII e art. 170, inciso V e ADCT art. 48)<sup>19</sup> por serem eles hipossuficientes e a parte vulnerável da relação jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor é um microssistema aplicado para reger relações jurídicas onde as partes contratantes estão em desigualdade de forças para contratar e sua finalidade é equilibrar esta relação de forças, impedindo que a arbitrariedade e a injustiça reinem na sociedade. O raciocínio mais equânime para identificar o consumidor é o que analisa pelo ângulo de sua vulnerabilidade, ou seja, da sua fraqueza, do seu desconhecimento técnico sobre aparelhos sofisticados, do seu desconhecimento jurídico e a sua fragilidade perante o poderio econômico da outra parte. Esta é a interpretação teleológica do artigo 4°<sup>20</sup> do Código de Defesa do Consumidor.

Não há dúvida que no caso em questão a relação é de consumo e **não** se discute este fato, entretanto, o delineamento da natureza da relação jurídica é fundamental neste discurso argumentativo para fixar os deveres anexos do FORNECEDOR e a aplicabilidade do elenco de nulidades exemplificativas enumeradas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor em combinação com artigo 166 e 168 do Código Civil.

---

<sup>19</sup> Constituição Federal/88:

Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;

ADCT:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da constituição, elaborará o Código de defesa do consumidor.

<sup>20</sup> “Art. 4 ° A Política Nacional das relações de Consumo tem por objeto o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendido os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

### 3.2 – DA CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *“Possibilidade de o juiz ou Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais.”*

É **verdadeira** a **premissa** que o juiz ou tribunal podem, de ofício, declarar a nulidade de cláusulas contratuais abusivas. O **argumento** é que há condutas (atos) ilícitas na relação contratual que podem estar em desconformidade com o direito no seu grau máximo, gerando invalidades (=nulidade ou anulabilidade), merecendo por parte do Poder Judiciário um controle imediato das cláusulas contratuais para sancionar os atos contrários à licitude da ordem jurídica. O argumento, é que pode o Judiciário agir de ofício e analisar o plano de validade do negócio jurídico, encontrando deficiência na validade do direito, deverá, de ofício, declarar a nulidade do ato por ser contrário à ordem jurídica. Vejamos.

Ensina a doutrina<sup>21</sup> que são fatos jurídicos todos os eventos e acontecimentos que de forma intencional ou não intencional acarretam efeitos jurídicos. A expressão fato jurídico, em sentido amplo, contém: a) os fatos decorrentes de eventos da natureza que causam efeitos jurídicos; b) os atos lícitos e ilícitos que independem da vontade humana; e c) os negócios jurídicos são aqueles que contem o intuito negocial com o fim específico de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Os negócios jurídicos devem ser avaliados em seus planos de existência, plano de validade, plano de eficácia da relação contratual e plano de cumprimento do contrato. Esta é a estrutura do contrato (ato jurídico), sendo que a análise de cada plano é pré-requisito para as análises seguintes.

---

<sup>21</sup> Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, Parte Geral, editora Atlas, 13<sup>a</sup> edição, p. 339.

No **plano de existência** da relação contratual, a doutrina majoritária ensina que estão presentes: a) a declaração de vontade; b) objeto idôneo c) pertinência entre a vontade declarada e sua incidência sobre o objeto. Em outra perspectiva de direito material, o plano de existência do fato jurídico contratual (negócio jurídico) é identificado pela concreção de suportes fáticos suficientes, extraídos da narrativa do fato real (causa de pedir remota), com a incidência lógica nas hipóteses normativas previstas nos elementos nucleares e completantes da norma jurídica. Quando há perfeita concreção do fato real, do qual se extrai os fatos relevantes do suporte fático prescrito na norma jurídica, ocorre a juridicização<sup>22</sup> do fato.

Na perspectiva processual, o **suporte fático** (PREMISSA MENOR), em concreto, narrado na causa de pedir remota **vincula o juiz**, aplicando-se o mencionado brocardo latino: narra-me o fato, dar-te-ei o direito (*narra me factum dabo tibi jus*). O juiz se torna parte integrante da estabilização da lide, delimita seu elemento objetivo e sobre ele não pode, o magistrado, dar interpretação extensiva ou restritiva, acrescentar ou excluir informações do suporte fático. O fato é o que é, é a sua identidade, é o DNA da lide, é o exercício do ônus do demandante, DAR O FATO. Se o fato dado (narrado) é insuficiente<sup>23</sup>, a

---

<sup>22</sup> Ensina Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 148): “O efeito fundamental da incidência consiste em criar fatos jurídicos. Sempre que incide, a norma cria o fato jurídico que corresponde a seu suporte fático. A grande maioria dos fatos jurídicos, sejam lícitos ou ilícitos, tenham elementos volitivos como dado relevante de seu suporte fático (=atos jurídicos lato sensu) ou não (=fatos jurídicos stricto sensu e atos-fatos jurídicos), tem a função de constituir situações jurídicas que criam direitos ↔ deveres (=relações jurídicas) ou simplesmente qualificam pessoas, entes ou coisas. Essa é a mais comum das consequências da incidência: criar fatos jurídicos jurígenos. Mas não somente esses. As demais consequências atribuíveis à incidência que apontamos acima também decorrem, em geral, de fatos jurídicos criados pela incidência, como veremos a seguir.”

<sup>23</sup> Ensina Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 143): “3.1. Suficiência do Suporte Fático. O Suporte fático pode ser simples ou complexo, que seja formado por um fato apenas, que por mais de um fato. Na concreção do suporte fático simples, não há maiores questões a discutir nem indagações significativas a responder, uma vez que tudo se resume a verificação da existência do fato: ou o fato ocorreu – e então o suporte fático se concretizou – ou não ocorreu, donde não se pode falar em concreção.

Diferentemente, quando se trata de suporte fático complexo surge uma série de implicações da maior significação. Primeiro, somente se pode considerar concretizado o suporte fático complexo quando todos os fatos previstos na hipótese legal estejam materializados (= suporte fático suficiente). Em regra, não é significativo o modo como



norma jurídica não incide, logo, tem o juiz o dever de dar o direito, qual seja, a não incidência da norma jurídica apontada pelo demandante, determinar a incidência de outra norma jurídica, em abstrato, com concreção ao fato narrado ou declarar a inexistência do fato jurídico. Seu dever é dar o direito do tamanho do fato que foi narrado.

Na perspectiva processual, **a norma jurídica** (PREMISSA MAIOR), em abstrato, **não vincula o juiz**, aplica-se o brocardo latino: narra-me o fato, dar-te-ei o direito (*narra me factum dabo tibi jus*). Narrado o suporte fático, é dever do juiz aplicar o direito, aplicar a categoria jurídico-material (causa de pedir próxima) incidente sobre o fato narrado. Pela leitura da causa de pedir remota (fatos), onde está narrado o suporte fático, o juiz verificará quais são os fatos existentes e relevantes, entenda-se por relevante o fato com enquadramento nos elementos nucleares (cerne e completantes) da norma jurídica. **Consequentemente, dará o direito ao demandante, podendo ser outra norma jurídica diferente daquela que ele apontou.**

Exemplo: Imaginemos a situação hipotética de uma narrativa fática que o AUTOR descreve fatos relevantes de um contrato de compra e venda, entretanto, demonstra a aplicabilidade sobre o fato, em concreto, das normas jurídicas, em abstrato, do contrato de arrendamento mercantil. O juiz ou tribunal ao avaliar o plano de

---

*se tenha dado ocorrência dos acontecimentos, isto é, se nasceram de um só jacto, ou com sucessividade. Mas pode suceder que a questão da instantaneidade na materialização do suporte fático esteja incluída naturalmente na norma jurídica, ou seja declarada como exigência necessária. Nessas situações, a instantaneidade ou a sucessividade passam a ser elementos de suficiência do próprio suporte fático, donde a obrigatoriedade de sua verificação, a fim de que se tenha por concretizado. A ausência de qualquer dos pressupostos implicará insuficiência do suporte fático e consequente impossibilidade lógico de incidência da norma jurídica respectiva.*

*A insuficiência na formação do suporte fático impede o surgimento do fato jurídico, e, portanto, que se lhe possa atribuir qualquer sentido jurídico. Ao contrário, se ocorrerem mais fatos do que os previstos, a excessividade da formação do suporte fático não exclui só por si a incidência. O procedimento do intérprete e aplicador, nesse caso, deve ser o de verificar se o excesso pode ser desprezado sem que haja, em decorrência, infração da regra jurídica. Se, por exemplo, se pretendida incidente certa norma jurídica  $NJ^1$  que tenha por suporte fático ABC, mas os fatos verificados são ABCDE e existe uma regra jurídica  $NJ^2$  que tenha esses fatos (ABCDE) como pressuposto de incidência, não se poderá abandonar o excesso (DE) para aplicar o  $NJ^1$ , mas terá de aplicar o  $NJ^2$ , sob pena de desatender a incidência e aplicar contra legem.”*

existência do fato jurídico, verifica que não estão presentes todos os elementos nucleares e completantes para incidência lógica das normas jurídicas, em abstrato, de contrato de arrendamento mercantil. Entretanto, pode aplicar as normas jurídicas, em abstrato, do contrato de compra e venda. Tal incidência lógica é possível porque o julgador, juiz ou tribunal, **não** está vinculado ao direito dado pelo AUTOR. A abstratividade das normas jurídicas autoriza que o julgador dê a melhor aplicabilidade *secundum legem* da norma jurídica que entenda cabível ao fato real narrado na causa de pedir remota. Em síntese, o juiz é livre para aplicar o direito.

Salientamos que o provimento jurisdicional que aplica norma jurídica, em abstrato, diferente da norma jurídica, em abstrato, indicada pelo AUTOR não gera sentença *ultra petita, citra petita ou extra petita*. Como dito, o juízo não está vinculado ao direito indicado pelo AUTOR.

Terminado a análise do plano de existência do negócio jurídico (ato jurídico), passamos a análise do **plano de validade** do negócio jurídico (ato jurídico) e neste será averiguado a suficiência do direito alegado pelos demandantes, será avaliado a perfeição do ato jurídico, presumindo-se ele válido, exceto se pesar sobre ele alguma nulidade ou anulação. Vejamos:

Ensina Marcos Bernardes de Mello<sup>24</sup> que “na configuração do suporte fático dos atos jurídicos, em especial, mas não somente, dos negócios jurídicos, há de se considerar, além dos elementos nucleares (cerne e completantes), outros dados que complementam e, por essa razão, são ditos elementos complementares. Diferentemente dos elementos completantes, os complementares não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos. Assim, são elementos complementares relativos.

---

<sup>24</sup> Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 96

(a) ao sujeito: (i) a capacidade de agir; (ii) a legitimação (poder ativo ou passivo de disposição); (iii) a perfeição de manifestação de vontade (ausência de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação e fraude contra credores); (iv) a boa fé e a equidade, esta, apenas, nos negócios de consumo.

(b) ao objeto: (i) ilicitude, (ii) a moralidade, (iii) as possibilidades física e jurídica e (iv) a determinabilidade.

(c) a forma da manifestação da vontade: o atendimento a forma quando prescrita ou não defesa em lei.

Como se vê, os elementos complementares apenas constituem pressupostos de validade ou eficácia dos negócios jurídicos. Porque têm suas consequências limitadas ao plano de validade e/ou eficácia, sem qualquer influência quando a existência do fato jurídico, são elementos que somente dizem respeito aos atos jurídicos lícitos lato sensu. Quando se trata de fato jurídico stricto sensu, de ato-fato jurídico ou de fato ilícito lato sensu, não de se cogitar de elementos complementares, pois que estas espécies de fatos jurídicos não estão sujeitas a invalidade ou ineficácia (vide adiante no capítulo V).”

O fato jurídico existente, seja ato jurídico ou negócio jurídico, tem a presunção de ser válido, salvo se incidir sobre ele alguma norma jurídica complementar que prescreva a sua nulidade (ou anulação). O Código civil prescreve no artigo 166 e 167 as hipóteses normativas geradoras de nulidade:

**“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:**

**I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;**

**II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;**

**III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;**

**IV - não revestir a forma prescrita em lei;**

**V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;**

**VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;**

**VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.**

**Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.**

**§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:**

**I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;**

**II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;**

**III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.**

**§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.”**

No negócio jurídico (ato jurídico), quando preenchido o seu plano de existência, passamos a analisar o plano de validade o qual tem a presunção de higidez da validade, presume-se o negócio jurídico seja perfeito e conforme o direito. Não obstante, existem algumas hipóteses normativas que a lei considera a desconformidade com o direito, logo, deve o juiz ou tribunal verificar a aplicabilidade dessas normas jurídicas, em abstrato, para concluir pela sua incidência lógica ou não.

As normas jurídicas, em abstrato, que prescrevem a desconformidade com o direito tem natureza negativa, estabelecendo hipóteses taxativas ou exemplificativas de ilicitudes que são contrárias ao ordenamento jurídico. O exemplar escólio de Marcos Bernardes de Mello<sup>25</sup> ensina o caráter ilícito da invalidante (nulidade):

*“Como deixamos claro em nossa teoria do fato jurídico: plano de existência, § 56, 2, a contrariedade à direito compõe o núcleo de suporte fático do fato ilícito lato sensu, como seu elemento cerne, pois que consubstancia o dado essencial para a sua existência. Ato ilícito (que é espécie de fato ilícito) é, pois, ato jurídico cujo suporte fático tem como cerne a contrariedade a direito.*

---

<sup>25</sup> Teoria do Fato Jurídico, Plano de Validade; 13<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 86

*A invalidante, em seus diversos graus (=nulidade ou anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que impliquem contrariedade a direito.*

*Na verdade, a invalidante afeta, em geral, atos jurídicos que resultam: (a) de infração a norma jurídica cogente; ou (b) de defeito na manifestação da vontade, que em si mesmos, algumas vezes, já configuram a prática de atos essencialmente ilícitos, como o dolo e a coação, em que, em outros casos, tem por finalidade verdadeira causar, intencionalmente, prejuízos a terceiros (simulação nocente e fraude contra credores). Não somente na área do direito civil, ao qual, em geral, erroneamente, porém, se costuma ligar e limitar o trato das invalidantes, mas em toda a teoria jurídica (sede própria para o seu estudo) a questão da invalidante dos atos jurídicos está diretamente relacionada com a própria violação de normas jurídicas.”*

Quanto à legitimidade para alegar nulidades invalidantes do negócio jurídico (ato jurídico), pode o juiz ou tribunal agir de ofício<sup>26</sup> e decretá-las, não lhe sendo permitido supri-las, ainda, que a requerimento das partes. Neste sentido, é o parágrafo único do artigo 168 do Código Civil:

**“Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.**

**Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”**

---

<sup>26</sup> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. FIXAÇÃO ALÉM DO LIMITE LEGAL (CC, ART. 1.062). **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL ORDINÁRIO REVISOR.**

I. Tratando-se de matéria de ordem pública, caso da fixação de juros moratórios muito além do limite legal do art. 1.062, do Código Civil, não obsta o conhecimento da questão pela Corte estadual ad quem a sua não provocação na apelação, apenas em sede de embargos declaratórios.

II. Precedentes.

III. Juros moratórios reduzidos ao patamar legal.

IV. Correta a fluência da aludida parcela a partir do evento danoso.

V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

(REsp 487.927/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 05/05/2003, p. 312)

A nulidade<sup>27</sup> se caracteriza como uma sanção pela ofensa a determinados requisitos legais, não devendo produzir efeito jurídico, em função do efeito que carrega em seu âmago. Como sanção pelo descumprimento dos pressupostos de validade do negócio jurídico, o direito admite, e em certos casos impõe, **o reconhecimento da declaração de nulidade objetivando restituir a normalidade e a segurança das relações sociojurídicas**” (destaque nosso)

Quanto às ilicitudes por violação da ordem pública<sup>28</sup>, aos negócios jurídicos que tem natureza de relação de consumo, incide

---

<sup>27</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral, 16ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, p. 435.

<sup>28</sup> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA CONEXA COM A AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL POR ESTRANGEIROS. RESTRIÇÕES. LEI N. 5.709/1971. NULIDADE DE DIREITO MATERIAL. ART. 243 DO CPC. INAPLICABILIDADE. **PRONÚNCIA DA NULIDADE DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. REGULARIZAÇÃO DA SOCIEDADE. FUNCIONAMENTO NO BRASIL. CONVERSÃO DA ÁREA RURAL EM URBANA. RENOVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARADA NULA. VIABILIDADE. EFEITOS. INSTRUMENTO PARTICULAR DE TRANSMISSÃO DA POSSE. PROCEDÊNCIA.**

1. **As nulidades processuais são regidas por regras próprias que as diferem das nulidades de direito material. Estas, por sua vez, quando absolutas, são concretizações de interesse público superior e que não coincide com o das partes, de modo que podem ser declaradas independentemente dos requisitos para o reconhecimento das nulidades processuais. O art. 243 do Código de Processo Civil cuida de nulidades processuais, inaplicável, portanto, ao desate de controvérsias relacionadas a nulidades de negócios jurídicos.**

2. À falta de condições da ação - como a legitimidade ativa -, não pode o magistrado avançar no direito material conflituoso, mesmo que se trate de nulidade absoluta de negócio jurídico, devendo, nesse caso, extinguir o processo sem exame de mérito. As condições da ação também dizem respeito a questões de ordem pública que devem ser, de ofício e com precedência, examinadas pelo juiz, nos termos do art.

301, § 4º, do CPC. Caso contrário, o sistema não se sustenta, tamanha seria sua inconsistência interna.

3. Porém, havendo ação conexa que foi julgada no mérito pela mesma sentença (no caso, imissão na posse), **é permitido ao juiz ou tribunal conhecer de ofício, incidentalmente, da nulidade absoluta que inquinava o negócio jurídico, independentemente de ação direta ajuizada especialmente a essa finalidade. Doutrina e precedentes.**

Aplicação dos arts. 214 e 216 da Lei de Registros Públicos.

4. **A validade do negócio jurídico sujeita-se à lei sob cuja égide foi ele celebrado. A lei posterior não invalida as relações de direito válidas nem avigora as inválidas definitivamente constituídas. Se o ato jurídico não atendeu às exigências legais da época de sua prática, não haverá convalescença na hipótese de norma posterior dispensar ou deixar de impor o descumprido requisito (MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1946, p. 35-37).**

5. **O negócio jurídico nulo não se convalésce com a passagem do tempo e nem é suscetível de confirmação pelas partes. Porém, isso não impede que, depois de removido o óbice que gerou a nulidade do negócio, as partes renovem o ato antes**

sobre eles os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, pois são de ordem pública e interesse social. Neste sentido, é o artigo 1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:

**Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.**

Ensina Rizzato Nunes<sup>29</sup> que: *“Na medida em que a Lei n. 8078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõe contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo,*

---

**nulo, inclusive com efeitos retroativos, sem os vícios que antes inquinavam o contrato. Tal conclusão se extrai da mesma lógica de direito intertemporal segundo a principiologia do tempus regit actum. É dizer, se é verdade que o direito futuro não convalida ato jurídico nulo praticado no passado, também é certo que o direito pretérito e já superado não invalida ato praticado no futuro, muito menos tem a força de impedir a prática de ato disciplinado por um novo cenário normativo.**

6. Assim, não mais existindo o óbice legal que antes invalidava o ato, as partes contratantes podem renovar o negócio jurídico outrora nulo sem incorrer nos mesmos vícios e, em razão da autonomia da vontade, manifesta ou tácita, fazer retroagir os efeitos da renovação à origem da relação negocial.

7. No caso em exame, a alienação do imóvel em questão foi legal, haja vista a regularização posterior da sociedade com a respectiva rerratificação da compra e venda entre Sinmedia e Dianorte e a alienação ao Sr. Godau ter sido realizada na vigência de norma local que considerava o imóvel como urbano, não submetido, portanto, às restrições da Lei n. 5.709/1971.

8. Não fosse por isso, a assertiva segundo a qual o negócio jurídico nulo é desprovido de qualquer efeito é um evidente exagero. Na verdade, os efeitos de que é desvestido o negócio nulo são aqueles próprios para os quais o ato foi praticado, não havendo empecilho a que, em razão da própria natureza das coisas, outro efeito a ele possa ser atribuído, desde que não afronte lei imperativa. Assim, mesmo que se considere nula a escritura pública de compra e venda, o documento pode ser considerado à conta de ato particular apto a gerar direito à posse, o que já seria o bastante para viabilizar a procedência do pedido deduzido em ação de imissão, sobretudo contra terceiros que não detêm nem justo título nem boa-fé.

9. A ação de imissão na posse é de natureza petitoria e tem como fundamento, geralmente, a propriedade imóvel, mas não exclusivamente. Não só o proprietário pode lançar mão dessa ação para o ingresso originário na posse, mas outros que, tendo título inapto à transmissão imediata da propriedade, já têm direito à posse em razão desse título. Doutrina e precedentes.

10. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1273955/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 15/08/2014)

<sup>29</sup> Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 8ª edição, editora Saraiva, p. 168

*aplicar-lhe as regras ex officio, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes.”*

O Objeto é ilícito por contrariar normas de ordem pública de defesa do consumidor que determinam serem ilícitas as obrigações consideradas iníquas e abusivas. Neste sentido, determina o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

**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 - subtraíam 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 vantagem 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.**

**§ 2º 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.**

**§ 3º (Vetado).**

**§ 4º 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.**

A declaração de nulidades absolutas de invalidação de negócios jurídicos é uma questão de segurança jurídica, deve o Poder Judiciário velar pela higidez do ordenamento jurídico, bem como a perfeição dos atos e negócios jurídicos. Há possibilidade de reconhecimento de nulidade absoluta diretamente pelo juiz ou tribunal de justiça, declarando a invalidação dos negócios jurídicos violadores das normas de ordem pública. O julgador verifica a aplicabilidade de normas jurídicas, em abstrato, que possam, eventualmente, lesar o negócio jurídico. Trata-se de aplicabilidade normas jurídicas em abstrato, sendo esta atividade livre para o Poder Judiciário que não está vinculado ao direito alegado pelo demandante.

A norma jurídica em abstrato (PREMISSA MAIOR) **não** vincula o juiz, aplica-se o brocardo latino: narra-me o fato, dar-te-ei o direito (*narra me factum dabo tibi jus*). Narrado o suporte fático, é dever do juiz aplicar o direito, aplicar a categoria jurídico-material (causa de pedir próxima) incidente sobre o fato narrado. Pela leitura da causa de pedir remota (fatos), onde está narrado o suporte fático, o juiz verificará quais são os fatos existentes e relevantes, entenda-se por relevante o fato com enquadramento nos elementos nucleares (cerne e completantes) da norma jurídica. Consequentemente, dará o direito ao demandante, podendo ser outra norma jurídica diferente daquela que ele apontou.

O fato de o juiz ou tribunal aplicar o direito, inclusive verificando precisão da perfeição do negócio jurídico, não significa lesão ao princípio constitucional de ampla defesa e do contraditório. O julgador não está vinculado ao direito aplicado pelo demandante, pode determinar a aplicabilidade de outras normas jurídicas, mesmo não previstas pelo demandante. Mesmo assim, não há que se falar em lesão ao princípio da ampla defesa e contraditório.

No **plano de eficácia do contrato**, analisamos: a) condições; b) termos; c) encargos. Na estrutura da norma jurídica, são elementos integrativos da norma jurídica e sua falta gera a ineficácia do negócio jurídico. Entretanto, não é objeto de demonstração desta petição, ocorrendo apenas a menção a este plano.

Diante do exposto, resta demonstrado a **verdade** da **premissa** que o juiz ou tribunal podem, de ofício, declarar a nulidade de cláusulas contratuais abusivas para a proteção da ordem pública.

**3.2 - DA NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA SUMULA 381 DO STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”**

Deve ser cancelada, por ser inconstitucional e ilegal, a sumula 381 do Superior Tribunal de Justiça que prescreve: **“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.**

Para demonstrar a inconstitucionalidade e ilegalidade da sumula 381/STJ, peço vênha para transcrever o artigo da lavra do Promotor de Justiça Plínio Lacerda Martins<sup>30</sup>, Paula Cristiane Pinto Ramada<sup>31</sup> e Franciene Almeida Vasconcelos<sup>32</sup> em razão da precisão argumentativa:

*“O presente trabalho tem por objetivo estudar a fundamentação jurídica através da qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento consignado em sua súmula n.381, na qual a abusividade de cláusulas em contratos bancários passou a receber tratamento distinto e isolado em relação ao tema nos demais contratos de consumo. Entende-se que tal súmula foi editada na contramão do que dispõe a Constituição Federal, a legislação consumerista, bem como as legislações e doutrina civil e processual civil acerca do tema. Assim, é necessário desvelar as motivações de tal entendimento sumulado para além da dogmática jurídica, mas atentar para o modelo de compreensão de direito privado por ele trazido e sua compatibilidade com o contexto político e econômico de desmantelamento do Estado de Bem Estar Social e afirmação do Neoliberalismo no Brasil, que influenciou fortemente o processo de reforma do Poder Judiciário por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Faz-se necessário, portanto, investigar as razões políticas e econômicas que possam explicar a postura do Superior Tribunal de Justiça ao editar uma súmula eivada de inconstitucionalidade, ilegalidade e contrária a sua própria jurisprudência, para que se possa compreendê-la como exemplo emblemático dentro do processo de povoamento do Poder Judiciário pelos interesses do livre Mercado.*

---

<sup>30</sup> Professor de Direito do Consumidor, Mestre em Direito e Promotor de Justiça.

<sup>31</sup> Professora de Direito do Consumidor, Mestre em Direito e Advogada.

<sup>32</sup> Bacharel em Direito pela UFJF

*A defesa do consumidor está prevista na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º, inciso XXXII; 150, §5º; 170, inciso V e no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).*

*Prevista especificamente no artigo 5º da CF/1988, a defesa do consumidor assumiu, pela primeira vez no Brasil<sup>33</sup>, a natureza jurídica de direito fundamental, assim como também foi elevada à condição de princípio informador da Ordem Econômica da República, conforme determinação do artigo 170, inciso V.*

*Através desses dispositivos, traduziu-se a clara intenção do constituinte originário em dar especial proteção à defesa do consumidor, transformando-a em direito-princípio constitucionalmente assegurado. Justamente por força desse ânimo, o artigo 48, ADCT determinou que o Congresso Nacional desse cumprimento ao mandamento constitucional do artigo 5º em 120 (cento e vinte) dias, por meio da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (o que ocorreu, de fato, no dia 11 de setembro de 1990, com a promulgação da lei 8078/90).*

*Entretanto, a despeito da natureza de direito fundamental e de princípio constitucional, a defesa do consumidor, não raro, acaba sendo associada superficialmente, a contextos estritamente patrimoniais e produtivistas (TEPEDINO, 1998, p. 249), relevando-se apenas as repercussões econômicas do exercício do consumo. Essa noção economicista sugere que o direito à defesa do consumidor, bem como*

---

<sup>33</sup> Na verdade, esse ingresso recente da figura do consumidor nos textos constitucionais é bem compreensível, pois o próprio direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é algo de novo na evolução do Direito. Se se quiser datar sua origem, pode-se dizer que ela remonta a 1962, ano em que o Presidente Kennedy publicou sua famosa mensagem, definindo quatro direitos fundamentais dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado. (COMPARATO, 1990, p. 66)

outras garantias, são eminentemente disponíveis<sup>34</sup>, com menor importância em relação a outros direitos fundamentais previstos no artigo 5º da carta maior.

*Por força dessa concepção, pode parecer que a elevação constitucional da defesa do consumidor à esfera de direito fundamental queira significar apenas que o Estado considera o sujeito consumidor como uma figura especial em meio aos demais agentes que compõem as relações comerciais e econômicas no Mercado, de modo a obter maior proteção em detrimento dos fornecedores, empresários e prestadores de serviços, ou de modo que a defesa do consumidor seja justificada em si mesma e considerada um direito “maior”, mais importante que os direitos à livre iniciativa ou à autonomia privada.*

*Essa concepção é, contudo, equivocada, e logo se pode desconstruir a partir da observação objetiva de que o foco da análise das relações de consumo na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais por ela informadas é o sujeito, isto é, a pessoa humana, especificamente ressaltada no exercício do papel social de consumidor (TRAJANO, 2010, p.60).*

*Para além da necessidade de defesa da dignidade da pessoa humana, a elevação da defesa do consumidor à condição de direito fundamental resulta também do reconhecimento da vulnerabilidade deste em relação ao fornecedor. Tal condição de vulnerabilidade, reconhecida como princípio geral do direito do consumidor, vai além da hipossuficiência processual a ser avaliada em cada caso concreto, mas importa no reconhecimento de que os consumidores, de modo geral, considerados como categoria e não como sujeitos isolados, experimentam certa inferioridade em relação aos fornecedores, a respeito do acesso às informações sobre as vantagens,*

---

<sup>34</sup>Essa concepção é, inclusive, expressada em voto do Ministro João Otávio Noronha, no REsp nº 1.061.530/RS, precedente que deu origem ao enunciado 381/STJ, que será estudado no capítulo 3.

*desvantagens, condições, constituição, e possibilidades dos produtos e serviços que adquirem ou contratam.*

*Assim, a promoção da defesa do consumidor justifica-se pela necessidade de promoção do equilíbrio das relações de consumo, necessária à efetivação de uma real experiência de autonomia da vontade e liberdade negocial, que concretize o mandamento constitucional de igualdade material. Esta só pode ser alcançada em contratos marcados pelo equilíbrio entre as partes envolvidas, sem que uma delas se sinta compelida, pela força da necessidade ou pela ignorância acerca dos termos do negócio, a efetivar transações apenas formalmente normatizadas.*

*Tem-se, desse modo, um direito constitucional de defesa da pessoa humana em sua atividade de consumo, que visa a impedir que sua dignidade seja reduzida aos interesses do Mercado e condicionada aos ditames conjunturais de oferta e procura.*

*Trata-se de uma proteção fundamental, tendo em vista a organização social do modo de produção capitalista e suas repercussões no rebaixamento dos sujeitos, através da precarização das relações de trabalho, do apelo famigerado ao consumismo como via de exercício de cidadania<sup>35</sup>, da falta de acesso a bens e serviços essenciais, da falta de acesso a direitos sociais e condições mínimas de vivência digna, entre outros tantos arranjos sociais perversos.*

*Nesse contexto, as pessoas constroem sua subjetividade<sup>36</sup>, travam suas relações sociais e reproduzem usos e costumes cada vez*

---

<sup>35</sup>A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias em que, para citar aquela que talvez seja a mais Introdução citada entre as muitas sugestões citáveis de Georg Simmel, os diferentes significados das coisas, “e portanto as próprias coisas, são vivenciados como imateriais”, aparecendo “num tom uniformemente monótono e cinzento” – enquanto tudo “flutua com igual gravidade específica na corrente constante do dinheiro”. (BAUMAN, 2008, p. 20-21).

<sup>36</sup>Idem, p. 20.

*mais massificados. Vivendo nesses padrões, a atividade de consumo, como uma das principais vias constitutivas do acesso aos bens e serviços necessários ao bem estar e viver, passa a ser também uma via constitutiva da própria identidade dos sujeitos. Logo, deve-se preocupar com os princípios e valores informadores de práticas comerciais e de consumo que não instrumentalizem o ser humano, mas sejam condizentes com seu valor em si.*

*Diante do reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, entre os quais a defesa do consumidor, a própria Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º,§1º, a necessidade de aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.*

*Assim, é possível compreender que a elevação da defesa do consumidor à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, e sua conseqüente supremacia em relação aos demais valores infraconstitucionais, justifica-se pela necessária proteção de um dos fundamentos da República Federativa, que é a dignidade da pessoa humana.*

*Esse é, então, o primeiro e mais importante obstáculo à permanência da súmula n. 381 do STJ no ordenamento jurídico pátrio: seu enunciado afasta a incidência de um direito fundamental em nome da priorização de preceitos formais, sem que haja a colisão de direitos fundamentais hábil a mitigar a incidência do artigo 5º, inciso XXXII, CF/1988. A esse impedimento, somam-se outros de ordem infraconstitucional – materiais, processuais e jurisprudenciais a seguir.*

*O Código de Defesa do Consumidor, é a expressão do mandamento constitucional de efetivação do direito de defesa do consumidor como direito fundamental. Desse modo, reveste-se de status materialmente constitucional, o que faz com que suas normas e princípios possuam caráter e natureza de ordem pública, por veicularem interesses*

*gerais e relevantes, não apenas para as partes envolvidas em contratos de consumo individualmente considerados, mas para a coletividade, a ponto de serem afirmados no capítulo de direitos fundamentais. Nas palavras de Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2007, p.91):*

*A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores.*

*Assim, o artigo 1º do CDC expressa claramente: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.*

*Nesse sentido, é possível compreender que o CDC, por força do seu status materialmente constitucional, é constituído apenas por matérias de ordem pública. Tais matérias, quando de sua apreciação pelo julgador em litígio judicial, devem ser conhecidas de ofício, sem que tal exercício constitua atuação extra petita do julgador. O conhecimento de ofício das referidas matérias se dá em homenagem ao interesse público relevante tratado por elas.*

*As matérias de ordem pública, pelo fato de refletirem valores caros à coletividade em geral, detêm elevada proteção no ordenamento jurídico, justamente para que sejam observadas plenamente. Sua observância é de interesse de todos e não apenas das partes envolvidas no litígio singularmente. Elas possuem natureza cogente, são indisponíveis e sua observância significa a garantia não*



*apenas de direitos e pretensões em disputa nos litígios em particular, mas a manutenção de princípios do ordenamento que devem ser respeitados, dentre os quais os direitos fundamentais.*

*A esse respeito, assevera Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 93) delimitando o tratamento das matérias de ordem pública: “É claro, porém, que as normas legais de ordem pública, sendo impositivas e indisponíveis, deverão de ser aplicadas pelo juiz, de ofício, quer tenham as partes as invocado quer não”.*

*Logo, compreendendo o significado e a relevância das matérias de ordem pública, bem como da natureza de ordem pública das matérias trazidas pelo CDC, pode-se afastar o núcleo do enunciado 381/STJ, já que o mesmo condiciona o conhecimento de matéria de ordem pública, como as cláusulas abusivas e os direitos do consumidor como um todo, a um regime jurídico que não lhes é próprio, reduzindo assim a importância dada ao tema pela própria Constituição e pelo Código de Defesa do Consumidor.*

*Ademais, para além da profícua redação do artigo 1º do CDC, não é preciso recorrer somente a ele para que se destaque o equívoco do enunciado 381/STJ, já que a matéria das cláusulas abusivas vem destacada, especificamente no artigo 51 do diploma consumerista, ao expressar que são nulas de pleno direito as declarações ali presentes quando firmadas em contratos de consumo.*

*O Art. 51 do CDC. enumera, exemplificativamente, hipóteses em que, por força da natureza de ordem pública do interesse a ser tutelado, caberá ao intérprete declarar de ofício a nulidade de tais atos, tendo as partes arguido as nulidades ou não, em homenagem à boa-fé, à função social dos contratos e ao equilíbrio contratual, como se poderá avaliar mais adiante no trabalho.*

*Diante da expressa disposição do caput do artigo supramencionado, bem como do caráter de numerus apertus de seus incisos, torna-se desnecessário estender ainda mais o debate em torno da impertinência da Súmula n. 381 do STJ à luz do CDC, uma vez que agora já é possível visualizar, para além da doutrina do direito constitucional e do direito do consumidor, que há uma aberta incompatibilidade entre a referida súmula e o texto da lei em vigor.*

*A atual fase de desenvolvimento do direito privado é marcada justamente pelo movimento de constitucionalização, no qual o paradigma hermenêutico constitucional afirma a obrigatoriedade de vinculação, não apenas do Estado, mas dos particulares em suas relações privadas, às limitações e mandamentos decorrentes dos direitos fundamentais expressados na Constituição (TRAJANO, 2010, p.54).*

*Reafirma-se a força normativa da Constituição através de normas de índole privada. Assim, as normas de direito privado passam a ser limitadas e moldadas por normas de direito público e status constitucional fundamental, que por sua vez são vinculantes.*

*O direito privado não é um campo isolado e incomunicável, dotado de racionalidade autônoma diante dos demais ramos do direito. Pelo contrário, deve ser informado pelos valores e princípios da Constituição Federal, de modo a projetar no campo das relações privadas as inflexões trazidas pela centralidade da Constituição no ordenamento.*

*A súmula 381, ao condicionar o reconhecimento da matéria de ordem pública nos contratos bancários (e apenas a esses contratos), à arguição da parte lesada, retoma uma compreensão de direito privado expressada pelo Código Civil de 1916, para garantir a liberdade formal e a autonomia da vontade em detrimento da reconhecida necessidade de proteção aos vulneráveis, mesmo dentro das relações privadas.*

*Contudo, esse modelo liberal não correspondia mais às modificações da sociedade pós-moderna complexa, sobretudo em regiões de formação histórica, política e econômica diversas, como no caso da América Latina. As presunções sobre as quais o Código Civil de 1916 se erigiu - de igualdade formal e liberdade de contratar - não correspondiam de fato à realidade a ser normatizada, sobretudo no contexto brasileiro de profunda desigualdade estrutural.*

*É forçoso reconhecer, desse modo, que a súmula em comento vai de encontro ao esforço para a construção doutrinária que deu origem ao direito do consumidor, bem como alude a uma fase evolutiva do direito privado ultrapassada, representativa de outro período histórico, político e jurídico. Seu significado representa justamente o que esforço teórico doutrinário de constitucionalização do direito civil tentou combater, ao dar eficácia horizontal aos direitos fundamentais.*

*O julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530/RS, que deu origem à súmula n.381, ocorreu com a aplicação do artigo 543-C<sup>37</sup> do Código de Processo Civil, que reconheceu a multiplicidade de recursos fundada em idêntica questão de direito. Com esse procedimento, foram suspensos todos os recursos que versavam sobre “a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao Tribunal” (voto da ministra relatora Fátima Nancy Andrighi, no REsp. n. 1.061.530/RS, p.5).*

*Como é possível perceber, as matérias analisadas nesse julgamento, com vistas à pacificação da jurisprudência do STJ, eram todas relativas à atuação de Instituições Financeiras. Assim, pode-se dizer que esse julgamento foi de grande interesse para os Bancos, posto que seu resultado conferiria previsibilidade judicial a todas as decisões*

---

<sup>37</sup>Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

*acerca das matérias acima elencadas.*

*Os precedentes judiciais que levaram à edição da súmula 381, anteriores ao Resp. n. 1.061.530/RS, foram, ao total, 08 (oito) julgados, todos da região sul do país, com datas de julgamento entre os anos de 2005 e 2008. Todos esses Recursos Especiais eram de autoria de Instituições Financeiras<sup>38</sup>.*

*O próprio STJ já afirmou em ocasiões anteriores ao enunciado 381, a compatibilidade dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor com os contratos firmados entre as Instituições Financeiras e os consumidores de serviços bancários.<sup>39</sup>*

*Em conclusão: “Pode-se dizer, através de uma análise da súmula n. 381/STJ para além da dogmática do direito positivo, que muito embora seu enunciado não tenha sentido do ponto de vista jurídico, possui uma razão específica do ponto de vista político e econômico, uma vez que está em consonância com as diretrizes do livre Mercado para a atuação do Poder Judiciário, conforme demonstram as diretrizes do documento técnico n. 319 S do Banco Mundial (DAKOLIAS, 1996), inseridas, em grande medida, no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004.*

---

<sup>38</sup>Foram eles: o Recurso Especial (REsp) n° 541153/RS, julgado na data de 08 de junho de 2005, com relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha; o Agravo Regimental (AgRg) nos Embargos de Divergência em REsp n° 801.421/RS, julgado na data de 14 de março de 2007, com relatoria do ministro Ari Pargendler; os Embargos de Divergência em REsp n° 645.902 /RS, julgado na data de 10 de outubro de 2007, com relatoria do ministro Fernando Gonçalves; o AgRg em REsp n° 1.006.105/RS, julgado na data de 12 de agosto de 2008, com relatoria do juiz federal convocado do TRF1, doutor Carlos Fernando Mathias; o REsp n° 1.042.903/RS, julgado na data de 03 de junho de 2008, com relatoria do ministro Massami Uyeda; o AgRg em REsp n° 1.028.361/RS, julgado na data de 15 de agosto de 2008, com relatoria do ministro Aldir Passarinho Júnior; o AgRg em REsp n° 782.895/SC, julgado na data de 19 de junho de 2008, com relatoria do ministro Sidnei Beneti; e o REsp n° 1.061.530/RS, julgado na data de 22 de outubro de 2008, com relatoria da ministra Fátima Nancy Andrighi.

<sup>39</sup> Diz a súmula 285/STJ: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”. E afirma a Súmula 297/STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

*O modelo de direito privado retomado pela súmula 381 já foi superado pela Constituição de 1988 pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, mas ainda representa os interesses dos agentes econômicos beneficiados pela súmula.*

*Esse processo de povoamento do Poder Judiciário pelas causas e valores do livre Mercado em detrimento dos direitos fundamentais e interesses da coletividade ocorre de modo sistêmico, por meio das reformas de cunho neoliberal, que vem insculpindo na estrutura do Poder Judiciário mecanismos propostos pelos agentes do livre Mercado com vistas à previsibilidade das decisões, proteção do direito de propriedade, crescimento econômico e redução do papel institucional do Poder Judiciário, materializando assim as máximas de Estado Mínimo e auto regulação via Mercado.*

*Trata-se de um problema estrutural, que decorre da organização política e econômica das economias neoliberais, no contexto de desmantelamento dos Estados de Bem Estar Social e reafirmação do liberalismo econômico e sua ideologia de individualismo e progresso exclusivamente econômico, que transformam o desenvolvimento humano e social em objetivos secundários.*

*Nesse sentido, o Poder Judiciário é um importante campo de embate, posto que seu perfil institucional de afirmação da Justiça, sua propensão de vincular valores de ordem pública e interesse social entre particulares em suas relações privadas a despeito da concepção liberal de direito privado, por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode refratar esse movimento de povoamento e privatização do Poder Judiciário pelos interesses dos grandes representantes do poder econômico neoliberal.*

*E o direito do consumidor é um grande alvo desse embate, já que esse ramo do direito inaugura uma sistemática nova no direito privado brasileiro, revelando-se num microssistema de normas*

*principlológicas e materialmente constitucionais capazes de frear o afã produtivista do Mercado e impor valores de ordem social e existencial em sua atuação. A defesa do consumidor nos contratos de consumo tem dimensão microeconômica e também macroeconômica e talvez por a súmula 381/STJ seja tão representativa para os valores do Mercado.*

*Assim, é importante afirmar, a título de conclusão dogmática, que a súmula n. 381/STJ deve ser prontamente cancelada. Sua presença no ordenamento pátrio representa, em primeiro lugar, uma ofensa ao texto constitucional, na medida em que afasta a incidência de um direito fundamental e de um princípio da ordem econômica da República, a pretexto meramente processual, desconsiderando o princípio da igualdade material também ressaltado na Constituição Federal.”*

### **3.3 - DA INADEQUAÇÃO DE ALTERAÇÃO DO**

**ENUNCIADO SUMULAR:** *Em face das reformas processuais previstas no novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor em março de 2016, será sugerida a alteração da redação do enunciado sumular para os seguintes termos: **"Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição"***

A proposta de alteração da redação da súmula é absolutamente ilógica. É **falsa a premissa** que a declaração de nulidade de cláusulas abusivas somente pode ocorrer quando respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. É **falsa a premissa** que não poderá haver declaração de nulidade de cláusulas abusivas, de ofício, em segundo grau de jurisdição. É **falsa a premissa** que alega lesão ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* e ao princípio da *reformatio in pejus*. Logo, são inválidas as premissas e totalmente despropositada a alteração do enunciado sumular, ao contrário, deve haver total cancelamento de qualquer súmula neste sentido. Vejamos:

As Instituições Financeiras, fornecedoras, utilizam recurso retórico chamado de sofisma<sup>40</sup>, usam de premissas falsas, argumentos falsos e conclusões inválidas com o objetivo de ilogicizar o sistema jurídico para proteção dos seus interesses econômicos. Seu objetivo é manter seus lucros mediante o artifício de cláusulas contratuais que violam a ordem pública, por serem abusivas e iníquas, e ainda impedir o controle judicial das invalidantes (nulidades) contratuais, gerando insegurança jurídica.

**A premissa** que a declaração de nulidade de cláusulas abusivas somente pode ocorrer quando respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa é absolutamente **falsa**. A aplicação de normas jurídicas, em abstrato, sobre um fato, em concreto, depende da perspectiva que o suporte fático é observado. O demandante pode aplicar sobre o suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>1</sup>), em abstrato. O demandado pode aplicar sobre o suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>2</sup>), em abstrato. Porém, o juiz ou tribunal pode aplicar sobre o mesmo suporte fático (SF<sup>1</sup>), em concreto, a norma jurídica (NJ<sup>3</sup>), em abstrato. Não obstante, não há que se falar de lesão ao princípio da ampla defesa ou do contraditório. Esta possibilidade de aplicabilidade de normas jurídicas diferentes sobre o mesmo fato, seja pelo juiz, demandante ou demandado, é decorrente do brocardo latino: narra-me o fato, dar-te-ei o direito (*narra me factum dabo tibi jus*).

---

<sup>40</sup> Lógica, Pensamento Formal e Argumentação (Alaôr Caffé alves, 5 ° edição, Quartier latin, p. 296): “A falácia é todo raciocínio (inferência imediata ou mediata) incorreto em sua forma ou em seu conteúdo. À inferência não válida em sua expressão verbal cabe o nome de falácia. Porém, há falácias cometidas involuntariamente, chamadas “paralogismos” (o equívoco); e existem as falácias voluntariamente construídas, chamadas “sofismas”. O sofisma pode ser uma argumentação materialmente falsa sob a forma lógica correta (legítima) ou uma argumentação materialmente verdadeira sob a forma logicamente incorreta (ilegítima), ou, ainda, uma argumentação forma e materialmente incorreta, sempre em todos os casos, com aparência de certa. O objetivo é sempre iludir para inclinar a vontade daquele a quem se destina o sofisma. Quem empregava sofismas, isto é, argumentação falsa ou capciosa, era chamado de sofista na Grécia clássica. Daí temos que sofisma é o raciocínio errôneo que tem aparência de verdade. É argumentação que, por algum defeito lógico, sob a aparência de verdade, conduz a uma falsa conclusão. Certamente, este epíteto para os sofistas é exagerado, visto que eles deram grandes contribuições para o desenvolvimento do discurso dialético e da argumentação.”

O juízo é vinculado aos fatos, em concreto, narrado na inicial. Deve se ater ao **suporte fático complexo**<sup>41</sup> **suficiente** para analisar a incidência da norma jurídica, gerando a juridicização do fato. O juízo é vinculado ao **suporte fático**, em concreto, narrado na causa de pedir remota, este **vincula** o juiz, aplicando-se o mencionado brocardo latino. O juiz se torna parte integrante da estabilização da lide, delimita seu elemento objetivo sobre ele e não pode, o magistrado, dar interpretação extensiva ou restritiva, acrescentar ou excluir informações do suporte fático. O fato é o que é, é a sua identidade, é o DNA da lide, é o exercício do ônus do demandante, DAR O FATO. Se o fato dado (narrado) é insuficiente, a norma jurídica não incide, logo, tem o juiz o dever de dar o direito, qual seja, a não incidência da norma jurídica, a inexistência do fato jurídico. Seu dever é dar o direito do tamanho do fato que foi narrado.

Entretanto, o juízo **não** é vinculado ao direito narrado pelo demandante ou demandado. O juiz ou tribunal é livre para aplicar o direito, podendo apontar outra norma jurídica que tenha incidência ao caso em concreto, inclusive solucionar conflito de normas no tempo, no espaço e inclusive possíveis antinomias existentes. O Juízo não é

---

<sup>41</sup> Ensina Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, Plano de Existência; 20<sup>a</sup> edição, editora Saraiva; p. 93): “6. *Elementos nucleares e complementares do suporte fático; elemento integrativos;*

*6.1 – Elementos nucleares: certe e complementares*

*Geralmente, o suporte fático é complexo, sendo raras as espécies que apenas um fato o compõe. No estudo dos suportes fáticos complexos, em especial nos negócios jurídicos, é preciso ter em vista que há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se nos elementos nucleares do suporte fático ou, simplesmente, no seu núcleo. Dentre esses há sempre um fato que configura a caracterização final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção. Às vezes esse fato não está, expressamente, mencionado, mas, por constituir o dado fático fundamental do fato jurídico, a sua presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica. Esse fato constitui o cerne do suporte fático.*

*Além do cerne, há outros fatos que completam o núcleo do suporte fático e, por isso, são denominados de elementos completantes do núcleo.*

*Os elementos nucleares do suporte fático, tem sua influência diretamente sobre a existência do fato jurídico, de modo que sua falta não permite que se considerem os fatos concretizados como suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica. Nos negócios jurídicos, por exemplo, em que a manifestação da vontade consciente é o cerne do suporte fático, a sua ausência implica em não existir o negócio, mesmo que presentes outros elementos.*



vinculado ao direito dado pelo demandante ou demandado, pode aplicar norma jurídica diferente da apontada por eles.

Diante do exposto, resta demonstrado a inexistência de lesão ao princípio da ampla defesa e do contraditório, estando livre o juiz ou tribunal para aplicar o direito ao fato em concreto, mesmo que sejam normas jurídicas diversas das apontadas pelos demandantes.

É **falsa a premissa** que **não** poderá haver declaração de nulidade de cláusulas abusivas, de ofício, em segundo grau de jurisdição. O parágrafo único do artigo 168<sup>42</sup> do Código Civil prescreve a que o juiz deve pronunciar as nulidades, quando as encontrar provadas. *Quiçá*, quando elas forem decorrentes do simples cotejo do fato com o ordenamento jurídico. As questões de ordem pública são hipóteses de incidência normativa que objetiva a proteção do sistema jurídico, sendo relevante para a manutenção da segurança jurídica.

Pensar o contrário, é permitir que o Poder Judiciário seja usado para legitimar situações em desconformidade com o direito, geradores de insegurança jurídica, sob o pretexto de defender princípios processuais, não cabíveis no caso em questão, com preponderância sobre a ordem pública. Este expediente permitirá que o FORNECEDOR, por vias oblíquas, não cumpra com o seu dever anexo de ajustar a sua conduta aos princípios e normas de direito do consumidor. Ensina Claudia Lima Marques<sup>43</sup>: *“Se a abusividade na é violação de dever de conduta (anexo, acessório ou principal) imposto pela boa-fé ou é autorização contratual para uma prática que viole a boa-fé objetiva, que deve guiar todas as condutas dos fornecedores perante os consumidores,*

---

<sup>42</sup> Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

<sup>43</sup> Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 7<sup>a</sup> edição, Revista dos Tribunais, página 1010;

*podemos realizar nossa análise com base justamente nos deveres que são violados pela cláusula considerada abusiva pela jurisprudência.”*

O discurso de lesão a ampla defesa e do contraditório, caso o juízo faça o controle de ofício das questões de ordem pública, é pura retórica chamada de sofisma<sup>44</sup>, usa de premissas falsas, argumentos falsos e conclusões inválidas com o objetivo de demonstrar outra suposta lesão ao ordenamento jurídico, que na verdade não existe e não pode existir. Caso esta proposição falsa seja aprovada, estaremos parametrizando um sistema jurídico ilógico e inconsistente, abrindo flancos de oportunidade para a fraude a lei, que retirará, por vias oblíquas, a eficácia do Código de Defesa do Consumidor. Tudo não passa de uma ilusão, uma aparência de verdade, cujo único objetivo é defender o lucro ilícito e ilegítimo, tanto combatido pelo sistema consumerista.

É **falso o argumento** que em razão da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2016), deverá haver alteração da redação da sumula para adaptá-lo ao novo sistema processual. Mesmo no novo Código de Processo Civil o controle das questões processuais e materiais de ordem pública podem ser feitas de ofício pelo juízo, independente da provocação das partes. Esta previsão está expressa no parágrafo único do artigo 190 do NCPC:

---

<sup>44</sup> Lógica, Pensamento Formal e Argumentação (Alaôr Caffé alves, 5 ° edição, Quartier latin, p. 296): “A falácia é todo raciocínio (inferência imediata ou mediata) incorreto em sua forma ou em seu conteúdo. À inferência não válida em sua expressão verbal cabe o nome de falácia. Porém, há falácias cometidas involuntariamente, chamadas “paralogismos” (o equívoco); e existem as falácias voluntariamente construídas, chamadas “sofismas”. O sofisma pode ser uma argumentação materialmente falsa sob a forma lógica correta (legítima) ou uma argumentação materialmente verdadeira sob a forma logicamente incorreta (ilegítima), ou, ainda, uma argumentação forma e materialmente incorreta, sempre em todos os casos, com aparência de certa. O objetivo é sempre iludir para inclinar a vontade daquele a quem se destina o sofisma. Quem empregava sofismas, isto é, argumentação falsa ou capciosa, era chamado de sofista na Grécia clássica. Daí temos que sofisma é o raciocínio errôneo que tem aparência de verdade. É argumentação que, por algum defeito lógico, sob a aparência de verdade, conduz a uma falsa conclusão. Certamente, este epíteto para os sofistas é exagerado, visto que eles deram grandes contribuições para o desenvolvimento do discurso dialético e da argumentação.”

**“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.**

**Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”**

O artigo 278 do novo Código de Processo Civil prescreve que a nulidade do ato que o juízo deve decretar de ofício não é suscetível de preclusão, justamente porque trata de questões de ordem pública e o interesse público sobrepõe aos interesses dos particulares na relação jurídica processual e na relação jurídica de direito material. Neste sentido, é o artigo 278 do NCPC:

**“Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.**

**Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.”**

A norma jurídica, em abstrato, prevista no parágrafo único do artigo 278 tem expressão literal que as nulidades podem ser conhecidas de ofício pelo juízo, independente de provocação das partes, não padecendo do fenômeno da preclusão. Este artigo tem aplicabilidade tanto para o juiz quanto para o tribunal. A lei é claríssima que sobre as nulidades não alegadas, não prevalece a preclusão.

Toda esta celeuma pode ter surgido da interpretação das normas jurídicas que tratam do saneamento e organização do processo no novo Código de Processo Civil. Neste momento processual cabe ao julgador delimitar as questões de fato, sobre as quais recairá a atividade

probatória, e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Assim, é o artigo 357 do Código de Processo Civil:

**“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:**

**I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;**

**II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;**

**III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;**

**IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;**

**V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.**

**§ 1 ° Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.**

**§ 2 ° As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.**

**§ 3 ° Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.**

**§ 4 ° Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.**

**§ 5 ° Na hipótese do § 3o, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.**

**§ 6 ° O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.**

**§ 7 ° O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.**

**§ 8 ° Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.**

**§ 9 ° As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.”**

O fato processual de saneamento e organização do processo tem o efeito de estabilizar o objeto litigioso, entretanto, este efeito não é absoluto e sofre limitações perante as questões de ordem pública, fundamentais para a manutenção da segurança jurídica. A relatividade desta decisão saneadora está prevista no parágrafo único do artigo 278 do novo Código de Processo Civil. Imaginar que o ato jurisdicional de saneamento de processo gera preclusão para requerer e declarar *ex officio* questões de ordem pública e pensar no engessamento do Poder Judiciário. Os argumentos são vários, dentre eles, é que as partes podem, de comum acordo, criar situações de fraude a lei e modular as questões de fato e de direito conforme os seus interesses e propósitos. Caso o juiz não seja atento e conceda a decisão saneadora, dentro deste padrão jurídico apresentado pelas partes, ficará impossibilitado de controlar, no futuro, as possíveis desconformidades com o direito, abrindo possibilidades para oportunismos ilegítimos e ilegais, contrários a ordem jurídica.

É **falsa a premissa** que alega lesão ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* e ao princípio da *reformatio in pejus*. O argumento que tais princípios não tem caráter absoluto, podendo ser limitados pela violação das normas jurídicas de ordem pública<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 5/STJ. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. APELAÇÃO. LIMITES. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e

Diante do exposto, resta provado a incompatibilidade da proposta de alteração da redação sumular com o ordenamento jurídico. É **falsa a premissa** que não poderá haver declaração de nulidade de cláusulas abusivas, de ofício, em segundo grau de jurisdição. É **falsa a premissa** que alega lesão ao princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* e ao princípio da *reformatio in pejus*. Logo, são inválidas as premissas e totalmente despropositada a alteração do enunciado sumular, ao contrário, deve haver total cancelamento de qualquer súmula neste sentido.

#### 4.0 – DOS PEDIDOS.

Diante do exposto, o INTERVENIENTE requer:

4.1 – Que seja deferido o pedido de intervenção nesta demanda para manifestação a título de *amicus curiae*, pois trata-se de associação de âmbito nacional que tem por objetivo a defesa do consumidor;

4.2 – Que seja consolidado o entendimento de reconhecimento de nulidades pelo juiz ou tribunal, de ofício, de abusividades de cláusulas contratuais. Esta é a redação: “Possibilidade

---

precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. É inviável o exame da suposta violação aos arts. 122, 421 e 423 do Código Civil, tendo em vista que a aferição de um eventual caráter abusivo das cláusulas contratuais encontra óbice na Súmula 5/STJ.

3. Tendo o recorrente se limitado a alegar que o contrato de locação por ele afiançado conteria cláusulas abusivas, sem, contudo, apontar quais seriam e em que consistiria sua abusividade, resta caracterizada a deficiência de fundamentação do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

4. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. Precedente do STJ.

**5. Nos termos do art. 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação.**

6. Hipótese em que o Tribunal a quo agravou a situação do apelante ao condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios expressamente afastados na sentença, extrapolando os limites da matéria devolvida no recurso de apelação, o que importa em descumprimento do princípio non reformatio in pejus.

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 893.218/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008)

de o juiz ou tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais”. Conforme fundamentado no item 3.1;

4.3 – Que seja determinado o cancelamento da súmula 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Conforme fundamentado no item 3.2;

4.4 – Que **não** seja alterado enunciado sumular: “*Em face das reformas processuais previstas no novo Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor em março de 2016, será sugerida a alteração da redação do enunciado sumular para os seguintes termos: **“Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição”**”*”

4.5 – Que **não** seja modulado nenhuma súmula limitando o poder do juiz ou do tribunal, de ofício, de conhecer das questões de ordem pública, especificamente, nas relações contratuais de natureza de consumo.

4.6 – Que seja deferido o pedido de sustentação oral no dia do julgamento;

De Goiânia para Brasília, 08 de outubro de 2015.

---

**Leandro Silva**  
**OAB-Go 19.833**