



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A inconstitucionalidade do enunciado 381 da súmula do Superior Tribunal de Justiça

Luisa Guimarães Pinto Pinheiro

Rio de Janeiro
2013

LUIZA GUIMARÃES PINTO PINHEIRO

A inconstitucionalidade do enunciado 381 da súmula do Superior Tribunal de Justiça

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 381 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luisa Guimarães Pinto Pinheiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Embora o CDC assegure a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais abusivas, o enunciado 381 do STJ veda que, nos contratos bancários, o julgador possa conhecer de ofício essa abusividade. Tal entendimento vai de encontro à defesa do consumidor, que está constitucionalmente assegurada, seja como garantia fundamental, seja como princípio geral da ordem econômica. A aplicação desse enunciado resulta em significativo prejuízo jurisdicional justamente à parte mais vulnerável dessa relação.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor. Cláusulas abusivas. Contratos bancários. Enunciado 381 do STJ. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Do direito a proteção e defesa do consumidor: breve histórico e cenário contemporâneo. 2. Estudo do enunciado 381 do STJ: críticas à sua redação. 3. Inconstitucionalidade e ilegalidade do enunciado 381 do STJ. 4. Prejuízos à jurisdição prestada ao consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à baila questão atinente à jurisdição prestada ao consumidor diante da edição de um enunciado do Superior Tribunal de Justiça que veda atuação de ofício pelo magistrado em hipótese legalmente reconhecida e constitucionalmente amparada.

O trabalho se inicia por meio da análise da relevância do direito à proteção e defesa do consumidor, dentro da ordem jurídica nacional. Isto é, será apontado onde e de que forma tal direito está positivado, quais são suas normas protetivas, indicando, especificamente a questão dos contratos bancários.

Em seguida, será feito um estudo acerca da origem desse verbete jurisprudencial consistido por uma breve análise de seus precedentes, e de sua redação, os quais parecem andar na direção contrária ao posicionamento da própria Corte Superior, da lei consumerista e da Constituição Federal.

Em um enunciado anterior, o mesmo tribunal reconheceu a submissão das instituições financeiras aos dispositivos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, avalizando que tais fornecedores não escapassem à vontade do constituinte originário. E esta é que o Estado promova, na forma da lei, a proteção do consumidor, a qual, outrossim, constitui um dos pilares da ordem econômica nacional.

O exame seguinte, portanto, irá buscar demonstrar a incompatibilidade entre o aludido enunciado do STJ e as normas atinentes à proteção e defesa do consumidor, sejam constitucionais ou infraconstitucionais.

Será investigada, por fim, a repercussão prática trazida por essa orientação ao dia-a-dia dos juízes quando se deparam com causas a propósito de contratos bancários, tantas vezes recheados de cláusulas abusivas.

A defesa do consumidor, como garantia fundamental que é, deve ser preservada, buscando-se sempre sua máxima efetividade. Não se trata de conferir-lhe *status* de absoluto – como não é próprio de sua natureza (nenhum direito é absoluto, ainda que fundamental) –, mas de impedir que sofra restrições contrárias à lei, e, nesse caso, também à ordem econômica.

1. DIREITO À PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR: BREVE HISTÓRICO E CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

O Direito do consumidor é um ramo da ciência jurídica que apenas recentemente alcançou sua autonomia. Após a segunda grande guerra mundial, com o surgimento da sociedade de massa, o fortalecimento do capitalismo por meio de contratos de adesão, o crescimento da distribuição de produtos e serviços padronizados, veio à tona grande preocupação sobre como regular e assegurar equilíbrio e harmonia às relações de consumo.

Grande expoente e berço de vasta jurisprudência sobre o tema são os países do continente americano e europeu ocidental, notadamente os Estados Unidos da América, tendo em vista seu significativo crescimento econômico e políticas de incentivo à produção e consumo lançadas nesse período pós-guerra.

Contudo, a história indica raízes ainda mais pretéritas. O código de Hamurabi continha talvez as primeiras normas positivadas sobre a matéria, tais como as Leis n. 233 e 235¹ que responsabilizam o construtor de embarcações e o arquiteto, respectivamente, por vícios em suas obras.

O sagrado código de Manu², que vigorou na Índia entre os séculos II a.C. até II d.C., punia quem adulterasse gêneros ou entregasse coisa de espécie inferior à acertada, ou vendesse bens de mesma natureza por preços diferentes.

O Direito Romano, berço do estudo da responsabilidade civil, igualmente continha previsões normativas relacionadas à responsabilidade pelos prejuízos causados aos consumidores por vícios em produtos comercializados pelo fornecedor.

¹CIVILIZAÇÃO MESOPOTÂMICA. Código de Hamurabi, de aproximadamente 1.700 a.C. Disponível em <bibliana.vilabol.uol.com.br/chamur.htm>. Acesso em 01 abr. 2012.

²ÍNDIA. Manusrti – Código de Manu, promulgado aproximadamente entre 1300 e 800 a.C. Disponível em <www.ugra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>. Acesso em 01 abr. 2012.

Foi com a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, em meados do século XVIII, que a produção em massa se expandiu, viabilizada por um Estado liberal, no qual prevalecia a autonomia da vontade ante a mínima intervenção do estatal nas relações privadas.

Com a evolução do liberalismo, surge o Estado Social, no final do século XIX, é nesse contexto que o indivíduo é substituído pelo grupo; as sociedades comerciais, notadamente as sociedades anônimas, promovem a concentração dos meios produtivos; os produtores organizam-se, fazendo acordos – posteriormente denominados cartéis – para limitar os efeitos da concorrência, e assim surgem oligopólios e monopólios.

Esse capitalismo exacerbado dá origem a um novo modelo social e de consumo. São desenvolvidas técnicas para atrair e conquistar consumidores, empregados investimentos em tecnologia e aprimoramento de bens e serviços, além da facilitação do crédito pela rede bancária, tudo para incentivar e expandir o consumo.

E a corrida do consumo, na perspectiva moderna, estava apenas começando. Muitos sugeriram que, diante desse cenário, o consumidor seria o grande beneficiado. E foi. Mas ao lado dos benefícios, instalou-se uma situação de desigualdade e assim, constatou-se a necessidade de o Estado assegurar a devida proteção a essa nova classe.

Diante desse imperativo, em 1962 foi editado o Código de Defesa do Consumidor norte americano, o qual influenciou de forma significativa a posterior codificação pátria sobre a matéria.

Antes de um código específico, na trajetória do ordenamento jurídico nacional, destaca-se o Decreto-Lei n. 22.626 de 07.04.1993, a conhecida Lei da Usura – ainda em vigor –, que positivava as primeiras normas protetivas do consumidor no Brasil. Em seguida o Decreto-Lei n. 869 de 18.11.1938 que versava sobre crimes contra a economia popular. Quase trinta anos mais tarde, a Lei Delegada n. 4 de 26.09.1962 assegurou a intervenção do estado no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao

consumo da população. E, nesse mesmo ano, foi editada a lei de repressão ao abuso do poder econômico, Lei n. 4137, que criou o CADE – Conselho Administrativo de defesa Econômica, órgão integrante do Ministério da Justiça.

Mas até então ainda não havia consagração expressa do direito do consumidor. Foi a CRFB/88 que, de forma inédita no direito brasileiro, trouxe a previsão desse direito como fundamental – em seu art. 5º, inciso XXXII, que assim dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” –; e, simultaneamente, como um princípio geral da atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso V.

Não é demais lembrar que a defesa do consumidor é cláusula pétrea, isto é, não pode ser alvo de emenda constitucional tendente a sua supressão, em submissão ao preceito contido no art. 60, § 4º, da CRFB/88.

Os comentários do Professor Uadi Lammêgo Bulos³ em relação ao art. 5º, inciso XXXII, da CRFB/88 são esclarecedores.

Diversos apelos solicitaram a inclusão dessa matéria no rol dos incisos que integral o art. 5º da Constituição de 1988. Alegava-se a insuficiência dos instrumentos clássicos de garantia de direitos, cujo desempenho, sedimentado numa realidade ultrapassada, não se apresentava como suficiente para a tutela dos direitos metaindividuais (coletivos e difusos) e dos individuais homogêneos. Considerando os inúmeros reclamos, a temática integrou os direitos fundamentais, elevando os consumidores ao posto de receptores das liberdades públicas (art. 5º, XXXII), ao lado do capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V). Ambas as realidades colimaram fornecer suporte normativo para tutela desejada. É que o constituinte foi abeberar-se na experiência da Constituição espanhola de 1978 e na posição de vanguarda da Constituição portuguesa de 1976, primeiro diploma constitucional a acolher normas de proteção ao consumidor, numa linhagem progressista.

Cláudia Lima Marques⁴ ressalta que: “foram as mudanças profundas em nossa sociedade de informação que exigiram um direito privado novo, a incluir regras de proteção dos consumidores”.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

Assim, em 11 de setembro de 1990 foi sancionada a Lei n. 8.078, o chamado Código de Defesa do Consumidor – CDC, em obediência ao mandamento constitucional imposto, outrossim, pelo art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Essa pioneira legislação se dedica ao regramento do mercado de consumo brasileiro e as relações daí decorrentes.

O CDC constitui um microssistema, de feição multidisciplinar, pois se relaciona com todos os demais ramos do Direito – material e processual – “ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos”, conforme salienta José Brito Filomeno⁵.

Conforme dispõe o próprio art. 1º do CDC, trata-se de normas de ordem pública e interesse social, ou seja, são normas de observância obrigatória, por todos, atuando como especial limite a autonomia da vontade privada. Portanto, afastar a aplicação da lei consumerista é negar vigência a uma cláusula pétrea.

Além disso, é um código vinculado a preceitos constitucionais, e, para concretizá-los, consagra princípios e direitos básicos do consumidor objetivando o efetivo exercício da cidadania, além de definir, sistematizar e regular as relações de direito público e privado presentes nesse universo.

É uma lei de crucial importância para a conquista real de garantias e respeito aos direitos dos destinatários de produtos e serviços, ante a superioridade dos fornecedores – desde os pequenos e micro empresários, as mega corporações, passando pelos profissionais liberais –, que dita um inevitável desequilíbrio nessa relação.

⁵ FILOMENO, José Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20.

2. ESTUDO SOBRE O ENUNCIADO N. 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRÍTICAS À SUA REDAÇÃO

Inicialmente, é imperioso esclarecer, de forma breve, qual o papel da súmula no dia-a-dia forense. Sem adentrar nas diversas discussões e posicionamentos sobre a matéria, em linhas gerais, tem-se que a súmula é uma ferramenta, fruto da construção jurisprudencial, destinada a compatibilizar a atuação do julgador ao dinamismo das relações sociais e sua repercussão no mundo jurídico.

“Súmula” significa “sumário” ou “resumo”, oriunda do latim *summula*, denota o teor reduzido ou abreviado de um julgado ou enunciado jurisprudencial que reflete o entendimento amplamente dominante em determinado órgão jurisdicional, administrativo ou até mesmo institucional. Por seu traço concretista, não se compatibiliza com interpretações analógicas ou extensivas.

O art. 479⁶ do Código de Processo Civil autoriza expressamente edição de súmula pelos Tribunais como forma de viabilizar a uniformização jurisprudencial. Portanto, por concepção, a súmula emana do Poder Judiciário ao interpretar determinado dispositivo legal aplicando-o ao caso concreto.

Por outro lado, a lei, em sentido amplo, é obra do Poder Legislativo por excelência, é ampla, geral, abstrata e de cumprimento obrigatório. Portanto, a lei é o pressuposto da súmula, razão pela qual essa não pode negar vigência àquela.

Assim, a súmula é mera diretriz, apontamento, algo que o julgador pode utilizar para fundamentar sua decisão, a favor de uma maior segurança jurídica, ou pode afastar por

⁶ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

discordar do entendimento nela expresso, questionando-a. Diversamente da lei, à súmula não é devida imperiosa observância, por carecer de força cogente.

Feito esse preâmbulo, passa-se à análise do enunciado n. 381 da súmula do STJ, a qual irá demonstrar que, em casos causadores de maior perplexidade por parte do aplicador do direito – como na hipótese – não basta simplesmente acatar o que dispõe a súmula, é preciso verificar sua origem, isto é, “como” e “porque” fora concebida.

Dentre todos os oito precedentes jurisprudenciais⁷ que deram origem ao enunciado n. 381, é possível verificar que não há propriamente uma equivalência entre o texto da súmula e o conteúdo de tais decisões.

Os julgados consagram a impossibilidade de o julgador *ad quem* rever de ofício as cláusulas em contratos bancários – em relação de consumo – consideradas abusivas, tendo em vista a natureza patrimonial dos direitos envolvidos, por representar ofensa ao princípio processual do *tantum devolutum quantum appellatum*, positivado no art. 515 do Código de Processo Civil.

A título exemplificativo vale destacar um trecho do voto do Min. Relator Massami Uyeda no julgamento do Recurso Especial n. 1.042.903-RS⁸, um dos precedentes em questão.

[...]

Na realidade, o entendimento mais recente desta egrégia Corte é no sentido da impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada (ut REsp 612.470/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 30.06.2006). Assinala-se, ainda, que, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, 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 restringirá aos limites dessa impugnação.

[...]

⁷ AgRg nos EResp 801421/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.03.2007, DJ 16.04.2007; AgRg no REsp 782895/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.06.2008, DJe 01.07.2008; AgRg no REsp 1006105/RS, rel. Juiz Federal convocado do TRF01 Carlos Fernando Mathias, j. 12.08.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1028361/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 15.05.2008, DJe 16.06.2008; EResp 645902/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.10.2007, DJ 22.10.2007; EDcl no REsp 541153/RS, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 20.02.2006; REsp 1042903/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 03.06.2008, DJe 20.06.2008; EDcl no REsp 1061530/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.11.2009, DJe 01.12.2009.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Massami Uyeda. Julgado em 03.06.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 dez. 2013.

De plano constata-se a falha técnica na edição do texto do enunciado, porque este ampliou em três aspectos o posicionamento trazido nos julgados em comento. Assim dispõe o verbete n. 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

A leitura deve ser literal, porque, como visto anteriormente, a súmula já é resultado da interpretação da norma, logo, não comporta, ou ao menos não deveria comportar, entendimento diverso do literal, ou gramatical.

Assim, o primeiro aspecto ampliado diz respeito à menção do vocábulo “julgador”. Julgador é quem julga, é qualquer magistrado, seja juiz de direito ou federal, desembargador ou ministro, atuando em primeira, segunda ou em instâncias extraordinárias.

Mas ora, os precedentes mencionam – todos – o art. 515 do CPC, isto é, a questão da limitação da apreciação pelo órgão *ad quem* à matéria impugnada em sede recursal. Portanto, firmam entendimento no sentido de ser incabível ao órgão revisor declarar de ofício a nulidade das cláusulas abusivas, caso a parte recorrente não houvesse suscitado tal questão.

Contudo, a texto do enunciado erra ao prescrever que nem o juízo *a quo* poderia conhecer da nulidade das cláusulas abusivas *ex officio*, sendo que não foi esse o ponto ventilado nos julgados precedentes.

O segundo aspecto é extraído de sua redação minimalista, a qual menciona de forma ampla, contratos bancários, sem restringir ou identificar a quais espécies de contratos faz referência. Essa imprecisão somente permite ao leitor concluir que o enunciado se aplicaria a toda e qualquer espécie de contrato bancário.

Mas essa conclusão é falsa. Como visto, a exegese do enunciado está em um recurso repetitivo de consumo (REsp 1.061.530/RS). Destarte, o verbete deveria referir-se apenas aos

contratos bancários firmados em uma relação de consumo, isto é, contratos regulados pelo micro sistema que visa à proteção e defesa do consumidor.

Por fim, o terceiro aspecto cinge-se a generalização da vedação ao reconhecimento da nulidade de toda e qualquer cláusula abusiva de contrato bancário, mesmo aquelas que estão enunciadas de forma expressa no rol do art. 51 do CDC. Ou seja, sequer está-se falando das possibilidades não positivas, decorrentes da cláusula geral da boa-fé, prevista no mesmo art. 51, inciso IV.

Essa ampliação, como será visto mais adiante acaba por retirar a utilidade da enumeração de incisos trazida pelo legislador consumerista no art. 51. Haja vista que, de nada adiante a lei prever de forma expressa cláusula abusivas nulas de pleno direito se não pode o julgador nem destas conhecer *ex officio*.

Tem-se, portanto, que essas falhas foram facilitadas pela extrema concisão e redação falha do verbete jurisprudencial. Nesse sentido, bem destaca a Professora Cláudia Lima Marques⁹.

[...]

Isso porque a pergunta do recurso repetitivo referia-se ao Tribunal “revisar *ex officio* as cláusulas abusivas dos contratos de alienação fiduciária”, mas a Súmula 381 do STJ resolveu expandir a “vedação” a) para o julgador, não respondendo à pergunta do *tantum devolutum quantum appellatum*; b) para todos os contratos bancários, mesmo os que não tem legislação especial eventualmente de ordem pública outra que o CDC; e c) para todas as cláusula abusivas dos contratos bancários, mesmo as que estão na lista do art. 51 fora da cláusula geral de boa-fé no inciso IV do art. 51 do CDC.

[...]

Tais imprecisões por si só já descredibilizam o enunciado n. 381. Ou seja, porque a letra do enunciado não corresponde ao entendimento preconizado pelos julgados que lhe serviram de base, como pode o julgador – a despeito de atribuir maior praticidade e eficiência

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 554.

em sua atuação – aplicar súmula que deixa de concretizar o princípio ao qual deveria servir, qual seja, o da segurança jurídica?

Somente essa incongruência originária já seria suficiente para conduzir ao imperioso cancelamento deste mal fadado enunciado. Contudo, consoante será visto nos capítulos a seguir, há outros motivos – tão relevantes quanto este, quiçá ainda mais – capazes de derrogar por completo qualquer possibilidade de permanecer válida esta orientação.

Por fim, é preciso chamar a atenção para um curioso detalhe redacional, devidamente percebido pelo Dr. Gerivaldo Alves Neiva, Juiz de Direito em Conceição do Coité/BA¹⁰. Este magistrado aponta que o STJ na edição deste enunciado cometeu flagrante “ato falho”.

É bem verdade que a perfeita compreensão do que venha a ser “ato falho” envolveria um estudo mais profundo de conceitos da psicanálise. Contudo, a noção leiga e popular de “ato falho” é o que basta neste momento. Trata-se de uma ação inconsciente, ou seja, quando o sujeito diz ou faz algo que conscientemente não pretendia dizer ou fazer, mas que, por ser a real intenção de seu inconsciente, acaba por assim se expressar.

Assim, o enunciado n. 381 é, além de equivocado pelos motivos já mencionados, exemplo flagrante de um “ato falho”. Isto porque, o STJ ao dizer que “Nos contratos bancários é vedado ao julgador conhecer, de ofício da abusividade das cláusulas”, parte do pressuposto de que nos contratos bancários sempre estarão presentes cláusulas abusivas. E mesmo assim, não poderá o juiz delas conhecer sem que haja provocação da parte.

De toda sorte, tal compreensão se não decorre da noção psicanalítica salientada pelo Ilustre Juiz da Bahia, decorre do mero raciocínio lógico hermenêutico, da noção de posto e pressuposto. E somente confirma a fragilidade do texto sumulado, em total desconformidade com a Constituição, com a lei, com a doutrina, e com a própria jurisprudência. É o que se busca comprovar ao final deste trabalho.

¹⁰ NEIVA, Gerivaldo Alves. *A Súmula 381 do STJ: um ato falho?* Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2009/05/sumula-381-do-stj-um-ato-falho.html>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

3. ILEGALIDADE E INCOSNTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 381 DO STJ

É certo que são inúmeras as falhas constantes do enunciado n. 381 do STJ. Inicialmente foram debatidas as fragilidades sob o aspecto formal – exegese e redação. Todavia, o conteúdo, isto é, a matéria nele versada igualmente equivocava-se sob dois grandes aspectos, quais sejam, a desconformidade com a lei (notadamente o Código de Defesa do Consumidor – CDC – e o Código Civil de 2002 – CC/2002) e com a Constituição Federal da República (CRFB/88).

Como dito no capítulo anterior, a súmula não pode negar vigência a lei, que é seu antecedente lógico e natural. Nesse sentido, e partindo da premissa de que tal enunciado diz respeito aos contratos bancários firmados em relação de consumo – e não a todo e qualquer contrato bancário –, verifica-se que a sua falha mais evidente é a total incongruência com uma série de regras relacionadas à disciplina do Direito do Consumidor, ainda que de matriz constitucional ou civil comum.

Mais precisamente, faz-se referência aos art. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, ambos da CRFB/88; art. 1º, 3º, § 2º, *in fine*, 51 ao 54, todos do CDC; e art. 166, inciso VII, e 168, parágrafo único, do CC/2002 (equivalentes aos art. 145, inciso V, e 146, parágrafo único, do CC/1916). Dessa forma, passa-se a análise amíúde da relação que cada um desses dispositivos possui com o tema em discussão.

O art. 5º, XXXII¹¹ da CRFB/88 consagra – vale frisar, de forma inovadora em relação às constituições predecessoras – a promoção pelo Estado, na forma da lei, da defesa do

¹¹ “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:

(...)

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

consumidor, como um direito fundamental. Trata-se da tutela constitucional de um direito metaindividual, ou transindividual¹², até então carente da devida e específica proteção.

Segundo a consagrada classificação do Professor José Afonso da Silva¹³ acerca da eficácia das normas constitucionais, o art. 5º, inciso XXXII, é claramente uma norma de eficácia limitada, eis que a própria Constituição prevê que tal defesa só será realizada “na forma da lei”. O que significa que se está diante de uma norma cuja produção de efeitos está condicionada ao exercício da atividade legislativa, isto é, na edição pelo Congresso Nacional de uma norma regulamentadora.

Esta edição é, igualmente, uma imposição constitucional, nos termos do art. 48¹⁴ dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que deu origem a edição da Lei n. 8.078/1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC. Portanto, desde a sua entrada em vigor, a defesa do consumidor está devidamente apta a produzir os efeitos desejados pelo constituinte, razão pela qual não é possível furtar-se a sua observância sob a alegação de falta ou carência de regulamentação.

Assim, considerando que se está diante de um direito fundamental apto a produção de todos os seus efeitos, verifica-se, contudo, que o enunciado 381 restringe esse direito, retirando-lhe a eficácia horizontal¹⁵. A eficácia horizontal é assim denominada, pois decorre

¹² O art. 81, parágrafo único, do CDC traz a definição legal das três espécies de *direitos transindividuais* ou *meta individuais*, que são os chamados direitos: difusos, coletivos, e individuais homogêneos. O gênero *direito metaindividual*, ou o *direito coletivo lato sensu*, diferencia-se do direito individual em relação à titularidade, divisibilidade e origem. Isto porque, o titular desse direito é a coletividade – e não um único indivíduo –, representada por pessoas indeterminadas, mas que podem ser determináveis (os sujeitos de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos) ou indetermináveis (os sujeitos de direitos difusos); fala-se em sujeito coletivo de direito. Já a divisibilidade diz respeito à possibilidade de partilha entre os membros da coletividade. Por fim, a origem coaduna-se com a identificação do surgimento dessa coletividade, seja oriunda de uma mesma situação de fato, de uma relação jurídica-base, ou de direitos equivalentes. Sobre o tema, vide DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

¹³ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 72-77.

¹⁴ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

¹⁵ Como ressalta o eminente Professor Canotilho, esse tema é “Conhecido na doutrina sob várias designações – “eficácia externa de direitos fundamentais”, “efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada”, “efeito horizontal dos direitos fundamentais”, “*Drittwirkung*”, “*state action* (...)”. In

do reconhecimento de que as desigualdades jurídicas não se situam apenas nas relações estabelecidas entre Estado e o particular – que seria o prisma vertical –, mas também nas relações privadas, firmadas entre os próprios particulares, por isso diz-se horizontal. Traga-se a lume comentário de Daniel Sarmiento¹⁶, corroborando essa eficácia horizontal.

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família. [...]

Logo, o direito fundamental a defesa do consumidor deve ser perquirido e assegurado não apenas em relação à atuação estatal – de qualquer dos três poderes republicanos –, mas também nas relações privadas. Em específico na hipótese discutida, pois, na medida em que é vedado o reconhecimento espontâneo e voluntário pelo juiz de cláusulas abusivas em contratos bancários, reduz-se a produção dos efeitos desse direito fundamental na relação entre o consumidor e a instituição bancária.

Dito isto, cabe demonstrar que esta redução, ou restrição, é indevida.

O art. 5º, XXXII, não é a única matriz constitucional do direito consumerista. O art. 170, inciso V¹⁷, da CRFB/88, preceitua a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, o que legitima e instrumentaliza a intervenção do Estado na atividade econômica, relacionada ao consumo, realizada pelos particulares.

Uadi Lammêgo Bulos¹⁸ esclarece a função magistral desse princípio.

Ao inscrever a defesa do consumidor dentre os princípios cardiais da ordem econômica, o constituinte pautou-se no seguinte aspecto: a liberdade de mercado não permite abusos aos direitos dos consumidores. Quem não tiver o poder de produzir ou

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 86.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 323.

¹⁷ “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;”

¹⁸ BULOS, op. cit., p. 1263.

controlar os meios de produção não se sujeita ao arbítrio daqueles que o detêm. Praticar livremente o exercício da atividade empresarial não significa anular direitos de pessoas físicas ou jurídicas, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços como destinatários finais. Daí o ordenamento jurídico amparar a parte mais fraca das relações de consumo, tutelando interesses dos hipossuficientes.

Verifica-se que a Constituição não fez qualquer restrição a incidência das normas protetivas do consumidor, tanto em relação ao núcleo essencial desse direito fundamental, quanto em relação a esse princípio da ordem econômica. Assim, todas as atividades econômicas em que houver relação de consumo estarão sujeitas a observância dessas duas normas, inexistindo escusas constitucionais para afastar as entidades que compõem o Sistema Financeiro Nacional.

O ilustre doutrinador Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer¹⁹ resume, destacando que:

[...] submissão das entidades que compõem o Sistema Financeiro Nacional às disposições da Lei n. 8.079/1990 é completamente harmônica com a Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, e art. 170, V), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), colabora para a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e promove a justiça social (art. 3º, I, e art. 170, *caput*).”

Nessa linha, o CDC é inaugurado pelo art. 1º²⁰, o qual, além de mencionar expressamente os citados dispositivos constitucionais, declara que as normas nele estabelecidas são de ordem pública e de interesse social, o que se deve precisamente a essa origem constitucional.

Isso significa dizer que, todas as normas desse código são de aplicação necessária e observância obrigatória, pois, como é sabido, as normas de ordem pública positivam os valores mais básicos e fundamentais de uma sociedade. São normas de direito privado, mas de

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, coordenadores. *Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos*: ADIn 2.591. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 286.

²⁰ “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.”

inquestionável interesse público, destarte são indisponíveis e inafastáveis por meio das relações contratuais públicas ou privadas, isto é, pela autonomia da vontade.

E o interesse social está justamente no fato de interessarem mais à sociedade que aos particulares. Trata-se de uma *lei de função social*²¹ a qual impõe às relações jurídicas de direito privado, tradicionalmente regidas pela ampla e irrestrita liberdade, a observância a valores e princípios mais caros a sociedade como um todo. Buscam efetivamente transformar a realidade social, trazendo maior harmonia e equilíbrio às relações jurídicas.

Mais especificamente em relação à submissão dos serviços de natureza bancária ao CDC, o seu art. 3.^o²², parágrafo 2.^o, ao trazer o conceito de *serviço*, os inclui de forma expressa e inconteste.

Vale lembrar que esse dispositivo teve a sua constitucionalidade questionada em sede de controle concentrado, por meio da ação direta de constitucionalidade n. 2.591²³, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, a qual fora julgada improcedente – julgamento finalizado em 07.06.2006.

Tal decisão equivale à declaração de constitucionalidade dessa norma, além de possuir efeito vinculante e *erga omnes*, obrigando a todos, em especial aos demais órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo, que não podem negar aplicação do CDC aos serviços bancários.

²¹ Expressão consagrada por doutrinadores como Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

²² “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.”

²³ Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em: 23/09/2013.

Precedente súmula do Superior Tribunal de Justiça, constante do enunciado n. 297²⁴, publicado em 09.09.2004, já consignava que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Contudo, fora somente após a decisão do STF – cujos principais fundamentos constitucionais foram os artigos já mencionados (art. 5º, XXXII e 170, V) – que a matéria tornou-se absolutamente pacificada. Motivo pelo qual, quem se sentir prejudicado por decisões contrárias a essa interpretação adotada poderá, além dos recursos de praxe, de forma mais abreviada e imediata, insurgir-se por meio da reclamação constitucional.

Consolidadas as premissas de que a defesa do consumidor é direito fundamental e princípio da ordem econômica, devidamente regulamentada e assegurada pelo CDC – norma de ordem pública e interesse social, aplicável às instituições financeiras –, passa-se a análise das cláusulas abusivas.

O Capítulo VI do Título I do CDC trata da “Proteção Contratual”, nos art. 46 a 54. O intuito não é promover a análise detida de cada um desses dispositivos, mas trazê-los a lume apenas para demonstrar: (i) em que implica o reconhecimento da abusividade de cláusula contratual; (ii) a *mens legis*, isto é, a especial atenção dada pelo legislador às cláusulas abusivas; e (iii) a forte relação destas cláusulas com os contratos bancários.

A Seção II deste Capítulo VI versa sobre “Cláusulas Abusivas”. O art. 51²⁵, *caput*, é inequívoco ao afirmar que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, passando a enumerá-las em seus incisos de forma exemplificativa, o que se extrai da expressão “entre outras” consagrada no texto legal. Com relação a ser este rol *numerus apertus*, Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa acrescentam que “os incisos IV e XV do

²⁴ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=210>. Acesso em: 23/09/2013.

²⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]

art. 51 reforçam o caráter exemplificativo, ao indicar, de modo genérico, critérios para aferição da abusividade”²⁶.

Para a caracterização dessas cláusulas abusivas, Herman Benjamin²⁷ destaca a desnecessidade do dolo *lato sensu* do fornecedor.

[...] a caracterização de qualquer cláusula abusiva, nos termos da sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento a Lei 8.078/90 exige a má-fé, o dolo do fornecedor, para a caracterização da abusividade da cláusula.

O que se entende por nulidade de pleno direito diz respeito à contaminação, neste caso, da cláusula, por uma nulidade absoluta. O vício da nulidade atinge o ato em seu plano de validade, razão pela qual, se é nulo de pleno direito, o ato existe, mas é originalmente inválido, incapaz de produzir ou ter produzido quaisquer efeitos, passível, portanto, de revogação.

Como é notório, a nulidade absoluta pode e deve ser declarada pelo Poder Judiciário, ainda que não haja requerimento do interessado. Razões de ordem pública autorizam essa exceção ao postulado da inércia jurisdicional. Cláudia Lima Marques assim alerta que o “Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*”²⁸.

O art. 52 impõe requisitos específicos a serem informados, prévia e adequadamente, pelo fornecedor de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor.

E mais uma vez, a nulidade de pleno direito está prevista, de forma especial no art. 53, em relação a cláusulas em contrato de alienação fiduciária em garantia – tipicamente praticados por instituições financeiras –, que estabeleçam a perda total das prestações pagas

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manuel de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 334.

²⁷ *Ibid.*, p. 334.

²⁸ MARQUES, op. cit., p. 693.

em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Por fim, o art. 54, que compõe a Seção III do mesmo Capítulo, disciplina os contratos de adesão, cuja definição é trazida no próprio *caput*²⁹. Ora, o que são os contratos bancários senão contratos de adesão por excelência? Todas essas previsões legais, com dito, somente corroboram a especial atenção dada pelo legislador às atividades típicas de instituições bancárias.

Vale ressaltar que essa normatização especial consumerista está em absoluta consonância com as regras gerais do direito civil. O art. 166, incisos VI e VII³⁰, do CC/2002, prevê que o negócio jurídico será nulo quando tiver por objetivo fraudar a lei imperativa, ou quando a lei taxativamente assim o declarar. E, como visto, o CDC, de forma imperativa, declara a nulidade das cláusulas abusivas.

O contrato bancário, como qualquer outro contrato, é um negócio jurídico, motivo pelo qual, também segundo a regra civil, não pode pretender fraudar lei imperativa, ou prevalecer quando a lei expressamente declarar sua nulidade.

E mais, o art. 168, parágrafo único³¹, do CC/2002, impõe o pronunciamento das nulidades pelo juiz. Isto é, o juiz, ao verificar a presença de nulidades não deve ignorá-las, nem supri-las, ainda que a requerimento das partes. Novamente a intenção é impedir que, por meio da autonomia da vontade, sejam praticadas nulidades e o Judiciário nada possa fazer em relação a isso, caso inexista provocação das partes para que sejam assim declaradas.

²⁹ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

³⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

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

³¹ 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.

De forma não tão específica, mas em reforço ao controle do conteúdo do contrato pelo Direito Civil poder-se-ia citar também os artigos 421 a 424 do CC/2002, que tratam das disposições preliminares gerais acerca dos contratos, as quais nenhum contrato pode furtar-se, tampouco os contratos bancários. A Professora Cláudia Lima Marques³² reforça o *link* entre CDC e CC/2002.

[...]

Note-se que o CC/2002 também supera o individualismo do Código Civil de 1916 e impõe, com base nos princípios da função social dos contratos (art. 421), da boa-fé e da probidade (art. 422), limites à liberdade contratual em geral e um controle de conteúdo especial das cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão civis e comerciais (art. 424). Se este controle ocorrerá nos contratos intercivis e interempresariais, quanto mais nos contratos de consumo, nestes com base expressa no CDC.

[...]

À luz de todos esses argumentos, resta evidenciada a violação do enunciado 381 do STJ, não apenas à Constituição, mas, outrossim, às diversas normas infraconstitucionais supra mencionadas.

4. PREJUÍZOS À JURISDIÇÃO PRESTADA AO CONSUMIDOR

Vistos as questões teóricas, passa-se a uma apreciação de ordem pragmática acerca do tema em estudo.

A par das discussões doutrinárias relacionadas à teoria geral das nulidades, tem-se como entendimento ainda majoritário que, para o reconhecimento da nulidade absoluta, sequer seria necessária a demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*, em tradução livre do francês para o português, “não há nulidade sem prejuízo”), pois este seria presumido. Todavia, ainda que fosse necessária a demonstração do prejuízo, não seria difícil percebê-lo no caso concreto.

³² MARQUES, op. cit., p. 694.

O primeiro prejuízo é bastante evidente: se o consumidor não perceber, pelas mais diversas razões, a presença de uma cláusula abusiva em seu contrato bancário, e este for objeto de discussão judicial, o juiz, mesmo constando-a, nada poderá fazer. Terá de fechar os olhos e simplesmente ignorar lesão ao direito do consumidor, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, ele não só poderia como deveria pronunciá-la de ofício. Quer dizer, uma nulidade absoluta passará incólume, porquanto está praticamente chancelada pela vedação indicada no enunciado n. 381 do STJ.

A isto, soma-se o fato de que, hodiernamente, são bastante recorrentes em todo o território nacional as demandas envolvendo contratos bancários em curso perante os Juizados Especiais. O procedimento sumaríssimo, adotado pela Lei n. 9099/95, prescinde da presença de advogado nas causas de valor até vinte salários mínimos, nos termos do art. 9º dessa lei.

Assim, tornando ainda mais grave o prejuízo citado, basta imaginar uma causa em que o consumidor, sem condições de arcar com custas judiciais ou honorários de advogado, pretende rescindir determinado contrato bancário, ao qual aderira, alegando a nulidade da cláusula X. Ele comparece pessoalmente ao Juizado Especial e ajuíza uma demanda contra o Banco A.

Suponha-se que somente a cláusula Y seja abusiva. Porém o consumidor, leigo e desassistido, não tem conhecimento desta abusividade, e sequer a menciona em seu pleito. O Banco A, em sua defesa, também nada fala a respeito da cláusula Y, pois ela atende ao seu interesse.

O juiz, por sua vez, verifica que a cláusula X é válida, e, apenas com base nela, teria de julgar o pedido improcedente. Mas, com base no reconhecimento da nulidade da cláusula Y, o pedido seria julgado procedente.

Veja, neste caso, a adoção do enunciado levaria a uma prestação jurisdicional diametralmente oposta. Isto é, se o juiz entender que está impedido de declarar, de ofício, a

nulidade da cláusula Y, não terá qualquer outro fundamento para julgar o pedido procedente e terá de negar o pleito do consumidor. Por outro lado, se o juiz não se filiasse ao entendimento do enunciado, poderia reconhecer, de ofício, a nulidade da cláusula Y que não fora questionada, para, com base nisso, julgar procedente o pedido.

Assim, uma das razões mais comuns para que eventual cláusula abusiva em contrato bancário não seja questionada é simplesmente a falta de conhecimento do consumidor, que sozinho vai a juízo, que é leigo por isso tantas vezes consegue sequer compreender todas as previsões contratuais, elaboradas com técnica e vocabulário jurídicos.

O segundo prejuízo diz respeito à possibilidade de manutenção do contrato bancário, mesmo que haja neste certa cláusula abusiva.

O art. 51, § 2º³³, do CDC, em observância ao princípio da conservação dos contratos, permite que o juiz afaste unicamente a cláusula abusiva, mantendo-se os efeitos jurídicos das demais disposições contratuais. Aliás, esse deve ser seu principal objetivo, a menos que, por conta do afastamento desta cláusula, haja ônus excessivo a qualquer das partes, o que implicará na invalidação do contrato como um todo, volvendo-se ao *status quo ante*.

E mais, igualmente visando à preservação contratual, há a possibilidade de revisão contratual, nos termos do art.6º, inciso V, do CDC. Trata-se de um direito básico do consumidor a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Assim, se o magistrado estiver impossibilitado de reconhecer de ofício a abusividade de certa cláusula em contrato bancário, ele não apenas terá de ignorá-la, mas também não terá a oportunidade de melhor adequar o contrato restabelecendo seu equilíbrio, seja pelo afastamento unicamente da cláusula abusiva, seja pela revisão contratual.

³³ Art. 51. [...]

§ 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.

Isto porque essas duas possibilidades tem como pressuposto o reconhecimento da abusividade da cláusula contratual, o que seria inviabilizado pelo enunciado em questionamento, caso esta não seja questionada pelas partes.

Uma das maiores autoridades na matéria, Claudia Lima Marques³⁴ comenta especificamente o enunciado 381 do STJ.

[...]

Como já escrevi, tenho certeza que o e. STJ, em Sessão Especial, Tribunal da Cidadania e defensor dos consumidores, cancelará a Súmula 381, por suas falhas técnicas, evitando a mencionada inconstitucionalidade, ou esclarecerá a sua não aplicação aos contratos bancários com consumidores, pois se trata de uma nulidade absoluta de proteção dos consumidores, a prevista no art. 51 do CDC em relação a todas as cláusulas abusivas, mesmo as presentes em contratos bancários. Em conclusão, o juiz deve (e, por consequência, sempre pode) assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor do CDC, normas de ordem pública (art. 1º), conhecendo de ofício a sua violação, se há processo judicial, devendo interpretá-las e integrar as eventuais lacunas sempre da maneira mais favorável ao consumidor, em face do mandamento constitucional (art. 5º, XXXII, da CF) de promoção de seus direitos! [...].

CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo, buscou-se demonstrar, *lato sensu*, que a defesa do consumidor, como garantia fundamental que é, deve ser preservada, buscando-se sempre sua máxima efetividade. Não se trata de conferir-lhe *status* de absoluto – como não é próprio de sua natureza principiológica –, mas de impedir que sofra restrições contrárias à lei, e nesse caso, também à ordem econômica.

Mais especificamente, fora evidenciado que a jurisdição prestada ao consumidor está prejudicada diante da edição do enunciado n. 381 do STJ que veda atuação de ofício pelo magistrado em hipótese legalmente reconhecida e constitucionalmente amparada.

A partir do estudo da origem desse verbete jurisprudencial – e breve análise de seus precedentes –, e de sua malsucedida redação, verifica-se que tal enunciado parece andar na

³⁴ MARQUES, op. cit., p. 554.

direção contrária ao posicionamento da própria Corte Superior, da lei consumerista e da Constituição.

Em um enunciado anterior, o mesmo tribunal reconheceu a submissão das instituições financeiras aos dispositivos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, avaliando que tais fornecedores não escapassem à vontade do constituinte originário. E esta é que o Estado promova, na forma da lei, a proteção do consumidor, a qual, outrossim, constitui um dos pilares da ordem econômica nacional.

Em investigação acerca da repercussão prática trazida por essa orientação ao dia-a-dia dos julgadores, constata-se que quando estes, ao se deparam com causas a propósito de contratos bancários, tantas vezes recheados de cláusulas abusivas, têm de se resignar com as mãos atadas, ao passo que a lei lhe outorga a faculdade de despir-se da inércia e agir.

A propósito de incitar na comunidade jurídica o espírito crítico em relação às diretrizes apontadas pelos órgãos jurisdicionais de cúpula, em específico, o STJ, é preciso evitar que essas orientações sejam simplesmente reproduzidas sem que ao menos se busque verificar sua origem e real intenção, a qual muitas vezes não está traduzida nos termos de sua redação, como ocorrido na hipótese, seja por um equívoco acidental ou intencional. A crítica é destinada a proteção e defesa do consumidor, que é, ao mesmo tempo, direito fundamental e alicerce da ordem econômica.

Por todo exposto, comprova-se a existência de real obstáculo, imposto por tal entendimento, sobre a efetividade da prestação jurisdicional, indo na contramão de todos os preceitos expostos, em detrimento da parte mais vulnerável da relação jurídica contratual.

Essas são as razões pelas quais se defende o cancelamento do enunciado n. 381 do STJ.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manuel de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Massami Uyeda. Julgado em 03.06.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06 dez. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CIVILIZAÇÃO MESOPOTÂMICA. Código de Hamurabi, de aproximadamente 1.700 a.C. Disponível em <bibliana.vilabol.uol.com.br/chamur.htm>. Acesso em 01 abr. 2012.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

FILOMENO, José Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ÍNDIA. Manusrti – Código de Manu, promulgado aproximadamente entre 1300 e 800 a.C. Disponível em <www.ugra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>. Acesso em 01 abr. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, coordenadores. *Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

NEIVA, Gerivaldo Alves. *A Súmula 381 do STJ: um ato falho?* Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2009/05/sumula-381-do-stj-um-ato-falho.html>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982