

**A SÚMULA Nº 381 DO STJ, A LESÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR E O
RETROCESSO DE DIREITO FUNDAMENTAL**

**THE STJ'S PRECEDENT NO. 381, INJURY TO THE CONSUMER'S RIGHT AND
THE DERELICTION OF FUNDAMENTAL LAW**

*Thaís de Oliveira Silva**
Bacharel em Direito

*Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral**
Professora do Curso de Direito

RESUMO

O presente artigo objetiva refletir sobre os direitos fundamentais elencados no Código de Defesa do Consumidor, demonstrando total incompatibilidade com a edição da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, bem como sua inconstitucionalidade diante dos precedentes existentes na proteção dos interesses do consumidor. Pretende-se arduar o retrocesso de direito verificado pelo teor da Súmula 381 do STJ, sendo visível um significativo prejuízo ao consumidor, pois veda a atuação do magistrado em conhecer, de ofício, cláusulas contratuais abusivas nos contratos bancários. Concluiu-se que, com a publicação da Súmula nº 381 do STJ, evidenciou-se um verdadeiro retrocesso dos direitos cruciais dos vulneráveis nas relações consumeristas, pois restringiu direito já consagrado e conquistado no ordenamento jurídico brasileiro para a defesa da classe consumidora.

Palavras-chave: direito do consumidor, direito fundamental, Súmula 381 do STJ, vedação de retrocesso de direito fundamental.

ABSTRACT

The present work aims to reflect on the fundamental rights listed in the Consumer Protection Code, demonstrating total incompatibility with the edition of Precedent No. 381 of the Superior Court of Justice, as well as its unconstitutionality in the face of previous precedents in the protection of consumer interests. The purpose of this paper is to present a study on the retrogression of law verified by the content of sad STJ precedent, who brings significant loss made visible to the consumer, since it prohibits the magistrate's action to acknowledge contractual clauses in bank contracts. It was concluded that, with the publication of STJ's precedent No.381, there was a real setback of the crucial rights of those vulnerable in the consumer relations, since it restricted the right already enshrined and conquered in the Brazilian legal system for the protection of the consumers.

Keywords: consumer law, fundamental right, precedent 381 of the STJ, negative to retrocession of fundamental right.

Considerações Iniciais

O presente trabalho apresenta um tema de significativa importância, qual seja a edição da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, que interdita a ação de ofício pelo magistrado nas cláusulas abusivas dos contratos bancários, demonstrando questionável constitucionalidade diante dos ditames legais, já que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) se constitui normativa de direito fundamental, fruto de uma expressa determinação Constitucional.

Sabe-se que o CDC, além de ser uma norma de natureza fundamental, é de ordem pública, podendo o juiz agir de ofício em favor do consumidor, classe esta que necessita de amparo jurídico, mediante sua vulnerabilidade nas relações de consumo.

Para a fundamentação desse trabalho, foram utilizadas obras e artigos científicos de autores renomados, demonstrando que o CDC foi criado com o objetivo de tutelar os vulneráveis nas relações de consumo, procurando concentrar os dispositivos legais em torno de uma lei, criando justas normas para o regramento das relações consumeristas.

O CDC busca proteção integral para o consumidor, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo considerada uma das leis mais democráticas do ordenamento jurídico brasileiro, devendo assim ser preservado para que continue buscando sua máxima efetividade. Por esse motivo, deve-se analisar a validade e a possível inconstitucionalidade da Súmula 381 do STJ.

A metodologia empregada foi qualitativa baseada em obras de doutrinadores e artigos científicos tais como: Luis Roberto Barroso (2010), Sérgio Cavalieri Filho (2011), Pedro Lenza (2012) dentre outros.

Visando melhor compreensão, este trabalho se apresenta dividido em capítulos. No primeiro capítulo, será analisado o CDC como norma de direito fundamental, de índole constitucional, que norteia o direito do consumidor, além de se tratar de norma de ordem pública. Explica-se ainda a vedação de retrocesso a direito fundamental, impedindo que o Código de Defesa do Consumidor sofra de restrições contrárias à lei.

No segundo capítulo, será estudada a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça e sua interpretação, fazendo uma análise crítica de sua edição devido à lesão que propicia ao direito do consumidor, destacando que esse fato se constitui lesão aos direitos fundamentais, pois são direitos já conquistados por uma camada social vulnerável, não podendo permitir

destarte qualquer disposição contrária a esses precedentes constitucionais que tutelam a classe consumidora. Desta forma, será exposta a incompatibilidade entre o aludido enunciado do STJ e as normas atinentes à proteção e defesa do consumidor.

1 O CDC como norma de direito fundamental e de ordem pública

Será estudado neste capítulo o direito do consumidor como norma de direito fundamental e de ordem pública, portanto, não passível de retrocesso de direito.

"O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor", conforme dispõe no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988). Essa disposição constitucional possui como essência a proteção aos direitos do consumidor, bem como a disciplina das relações consumeristas, no que tange aos fornecedores e consumidores finais nos seus direitos e obrigações, estabelecendo destarte, uma relação em que os sujeitos hajam de forma íntegra.

Diante do exposto, a Lei nº 8.079/90, que criou o CDC, promulgada em 11 de setembro de 1990, foi imprescindível para as relações de consumo no Brasil, pois através dela, conquistou-se uma legislação que regulamenta as conexões entre consumidor e fornecedor, de forma a proteger o consumidor de eventuais abusos do fornecedor, instituindo novas regras a orientar os contratos, o comércio e a prestação de serviços, impondo, desta forma, limites éticos a essas atividades. A respeito da defesa do consumidor como direito fundamental, leciona Leonardo de Medeiros Garcia:

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de “força normativa da Constituição”, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executada e exigível (GARCIA, 2010, p.1).

É notório que o CDC foi instituído com o intuito de proteger os vulneráveis nas relações de consumo, pois essa classe antes desamparada, sempre sofreu com o sistema capitalista, que impunha sua vontade ao mercado de consumo, sem estabelecer uma relação

igualitária e justa, explorando a parte vulnerável mediante suas imposições sobre os produtos e contratos, pelo simples fato de deter um conhecimento técnico de produção e do fornecimento a respeito de seu produto ou serviço. Assim, qualquer consumidor encontra-se em desequilíbrio mediante sua vulnerabilidade perante os fornecedores, sendo esta a principal razão da existência e dos desdobramentos dos direitos insculpidos no CDC, segundo Cabral (2016, p. 50), argumentando: “[...] torna-se, por conseguinte, imperativa a necessidade de promulgação de uma lei de proteção ao consumidor”, buscando equilibrar a relação consumerista, de forma que tal relação beneficie ambas as partes, proporcionando um estado de satisfação de ambos os lados.

Diante desses fatos, nota-se que, para se chegar à conclusão de que as normas contidas no CDC são de direito fundamental, por possuírem previsão no art. 5º da Constituição Federal. Foi necessário que a sociedade sofresse por um longo período de tempo com o homem e seu poderio econômico, visando somente o lucro e com isso enaltecendo cada vez mais as desigualdades no mercado de consumo. Destarte, no século XX se assentou o princípio da igualdade entre os homens e o surgimento de direitos econômicos, sociais e culturais, verificando desta forma a incidência de normas jurídicas nas relações econômicas, como exprimi Cavalieri Filho (2010, p. 1), “O século XX foi o século dos novos direitos. [...] todos destinados a satisfazer as necessidades de uma sociedade em mudança”. Assim, o Estado teve que interferir de forma a regularizar a economia para o bem-estar social, não sendo mais esta comandada pelo homem, o que constatou relações comerciais e de consumo em alarmante ausência de igualdade.

Desta forma, surge no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao consumidor, de modo a garantir sua existência digna, proporcionando para a sociedade uma comodidade quando estabelecer uma relação de consumo, sabendo que seus direitos estão preservados legalmente pelo CDC. Deste modo, é necessário afirmar que a proteção jurídica ao consumidor é um direito fundamental, sendo tais ideais, princípios sociais e direitos, positivados e assegurados pela Constituição bem como pelo CDC (CAVALIERI, 2010, p. 11).

É notória a inserção da defesa do Direito do Consumidor no rol dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º, Inciso XXXII da CF, estabelecendo uma ordem para o Estado quando se tratar da defesa do consumidor, instituindo um direito subjetivo público em geral, a todos os cidadãos residentes no país, sendo um imperativo constitucional, de garantia

fundamental do consumidor. A ideia estabelecida na Carta Magna e efetivada pela Lei 8078/1990, caracterizou o CDC como norma de interesse social e de ordem pública, assegurando amplamente os direitos dos consumidores ante os fornecedores, promovendo-lhes uma proteção jurídica que possibilita a ampla defesa das relações de consumo, de bens ou serviços, diante dos abusos que possam vir a sofrer.

Apesar do substrato jurídico agregado ao direito pátrio, alguns princípios estão albergados na Constituição Federal, bem como na Lei 8078/1990, sendo aplicáveis às relações de consumo, fundamentais para a agregação das garantias sociais consumeristas. São eles: direito à vida,

O primeiro desses direitos é do direito à vida, elencado no artigo 6º, Inciso I, do CDC.

Artigo 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (...).

Esse artigo tutela o consumidor devido à sua vulnerabilidade diante do fornecedor, alegando ser vital um convívio harmonioso entre o mesmo e o consumidor. É transparente também na referida norma, a obrigatoriedade do fornecedor em ser justo e honesto com o seu consumidor a respeito do produto que irá prover, priorizando a segurança e a saúde daqueles que ajudam na circulação da economia. Sérgio Cavalieri Filho articula claramente esse direito:

O Consumidor, destarte, tem o fundamental direito à proteção de sua vida, de sua saúde e de sua segurança contra os riscos do fornecimento de produtos e/ou de serviços considerados perigosos ou nocivos. O propósito da disposição foi, nitidamente, proteger a incolumidade física dos consumidores, harmonizando-se com a regra-objetivo do art. 4º, caput, que impõe o respeito à dignidade, à saúde e a segurança do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011, p.93).

A Constituição Brasileira de 1998 estabelece ainda o direito à liberdade, significando que qualquer pessoa, sendo ela física ou jurídica possui o direito de se inserir na ordem econômica. Destarte, é assegurado a livre concorrência entre os fornecedores e os riscos que tais empresas irão enfrentar, sendo eles de responsabilidade total do fornecedor, não

afetando de forma alguma o consumidor. Desta forma, o fornecedor deve proporcionar para o consumidor produtos de qualidade e preços justos, além de um serviço eficiente e satisfatório (GARCIA, 2010, p. 48-49). Desta forma, nota-se que o consumidor deve ser devidamente informado sobre o produto que esteja comprando, pois somente o fornecedor detém total conhecimento da mercadoria e por isso deve esclarecer sobre todo o conteúdo do produto para que o consumidor saiba o que estará comprando. Assim funciona as relações contratuais também, devendo o contratante expor em suas cláusulas informações transparentes sobre o que deseja, bem como agir de boa-fé. Assim enaltece Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura (2014, p.17):

A finalidade da educação ao consumidor é permitir que, devidamente informado, o consumidor possa participar de forma mais equilibrada nas relações de consumo, tendo condições de identificar o que é realmente de sua vontade ou necessidade.

A isonomia, terceiro como princípio, está positivada no Artigo 5º, caput da CF/88, a saber:

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.

De acordo com esse princípio, é notória sua extensão para as relações consumeristas, nas quais os consumidores devem ser respeitados e tratados igualmente, sem distinção de classe, raça ou poder econômico. Assim, não é admissível que o fornecedor diferencie alguns consumidores em uma relação consumerista, pois tal diferenciação afronta o direito à igualdade elencado no artigo 5º caput, da CF/88 (CAVALIERI, 2011, p. 5).

O Direito à informação, por sua vez, resta exemplificado no Artigo 6º, inciso III, do CDC, sendo considerado como um dos mais importantes direitos básicos do consumidor, podendo o mesmo ter o seu direito de escolha consciente mediante uma informação adequada e precisa do produto. Diante do exposto, Cavalieri Filho (2010, p.88) corrobora nitidamente esse direito, a saber:

O direito à informação é um reflexo ou consciência do princípio da transparência e encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da vulnerabilidade. Daí ser possível dizer que o direito à informação é, primeiramente, um instrumento de igualdade e de reequilíbrio da relação de consumo.

Como foi sintetizado no parágrafo acima, compreende-se que o fornecedor, detentor do produto fornecido, é obrigado a prestar todas as informações necessárias para que o consumidor compre a mercadoria de forma consciente, tendo assim, uma posição de igualdade entre ambos (GARCIA, 2010, p.106). Diante das análises feitas sobre Direito do Consumidor e Direito Fundamental, conclui-se que tais direitos caminham um ao lado do outro, formando uma corrente sólida, jamais devendo ser desagregado um do outro, pois traduzem ideais de complementaridade e, separados, não são completos.

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, de índole constitucional, de direito fundamental e de interesse social. É dito isto, pois houve a necessidade de promulgação de uma lei que protegesse o consumidor por conta da disparidade, desigualdade e abusividade do fornecedor em face do consumidor, que perdurou por muito tempo (CABRAL, 2012, p.49 - 57). Sobre normas de Ordem Pública, Cavalieri Filho (2011, p.13) exemplifica minuciosamente seu significado, advertindo:

Normas de ordem pública são normas cogentes, imperativas, pelo que indispensáveis e de observância necessária. As partes não podem alterar o conteúdo do dever nelas estabelecido e o juiz deve aplicá-las *ex officio*, isto é, independentemente da provocação do consumidor.

Nessa mesma linha de raciocínio, Luis Carlos Silva Junior, (apud Garcia, 2010, p.9) aduz claramente sobre o significado da expressão “ordem pública”, explicando que, o Magistrado, qualquer matéria referente às relações de consumo, pode apreciar de ofício, não se operando a preclusão, podendo ser revistas e decididas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Assim, entende-se que o teor de “ordem pública” contido na doutrina consumerista, já é assunto pacificado no tocante à atuação de ofício do juiz quando estiver tratando de cláusulas abusivas presentes nas relações de consumo.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor enfatiza claramente a expressão "ordem pública", exemplificando as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos

e serviços, que são nulas de pleno direito. Isto significa que, o juiz, analisando um processo em que certifica a existência de cláusulas abusivas, poderá de ofício apreciar a matéria a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que a parte provoque tal conduta. Desta forma, o magistrado pedirá a nulidade de tal cláusula, respeitando as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor (CABRAL, 2016, p.50 e 51).

Norma de ordem pública determina regras de valores sociais imprescindíveis que vão além dos interesses privados e particulares, sendo elas cogentes e inderrogáveis. A sociedade, portanto, não pode abdicar desses valores, sob pena de prejudicar toda coletividade. Enfatiza Luis Carlos Silva Junior (apud Garcia, 2010, p.8) sobre norma de ordem pública e de interesse social, mencionando o art. 6º do Código Civil Francês de 1804, que já previa tal ensinamento, ressaltando, “não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública ou aos bons costumes”.

O CDC também é norma de índole constitucional e de direito fundamental, pois está contida no artigo 5º, inciso XXXII da CF/88, obtendo assim status de direito fundamental, uma vez que todos os dispositivos definidos no referido artigo se referem a direitos e garantias do cidadão, instituindo-se cláusula pétrea. Cavalieri Filho (2011, p.11) apresenta o voto do Ministro Cezar Peluso do STF no Recurso Extraordinário nº 351.750 sobre o assunto:

A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art.5º,XXXII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art.60,§ 4º, inc. IV).

É norma de índole constitucional devido à necessidade de estarem inseridas na Constituição, normas que defendem os consumidores por conta de um decurso histórico de desigualdades nas relações consumeristas. Desta maneira, o Estado teve que promover a defesa do consumidor, e assim fez, elaborando normas imperativas, de origem constitucional, diferente das leis ordinárias em geral (CABRAL, 2016, p.53 a 56). A defesa do consumidor, além do seu teor constitucional e fundamental, é também princípio de toda ordem econômica, exemplificada no artigo 170, inciso V do CDC, princípio este que transmite para a relação de serviço público ou quando prestado de forma empresarial.

O Artigo 4º, caput do CDC enfatiza claramente seu objetivo, qual seja, a implementação de uma Política Nacional de Consumo, norteada por normas de ordem pública

e interesse social, visando a proteção dos interesses morais e patrimoniais dos consumidores, a saber:

Art. 4º CDC - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o entendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo (BRASIL. CDC, Lei 8.078, 1990).

O CDC é também norma de interesse social, dispendo assim Cavalieri Filho (2011, p.13), “são aquelas que disciplinam um campo de relações sociais marcado pela desigualdade, razão pela qual têm por finalidade interesse que transcende o interesse meramente particular”. Desta forma, norma de interesse social ampara toda a coletividade que necessita dessa assistência por conta de sua vulnerabilidade em face de quem possui a detenção ou poderio de determinada coisa. Assim, a sociedade se beneficia de tais leis, pois se houver alguma prática ilegal do fornecedor mediante o consumidor, esse poderá reaver seus direitos imediatamente, punindo-se o fornecedor de acordo com sua conduta (CABRAL, 2016, 55 a 57).

É imperioso frisar que o CDC constitui-se de um microsistema jurídico multidisciplinar, pois todo seu conteúdo contém normas que regulam todos os aspectos de tutela em face do consumidor. Destarte, leciona Garcia (2010, p.8):

Trata-se de um verdadeiro microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

Por fim, pode-se concluir que o CDC é um sistema de regras coerentemente unidas, enraizando em todo o seu corpo jurídico todos os princípios fundamentais do direito do consumidor, bem como todos os seus conceitos cardiais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação (CAVALIERI, 2011, p.12).

Passa-se a analisar nesse momento a vedação de retrocesso de direito fundamental.

Para o Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, os direitos fundamentais possuem extrema relevância social, jurídica, política e administrativa, sendo fruto de um movimento liberalista, tendo sua origem amparada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (TRF,

2010). Direitos Fundamentais são direitos vigentes em uma ordem jurídica sólida, cujo objetivo consiste em assegurar aos cidadãos suas prerrogativas fundamentais, como o artigo 5º, inciso IX e X da CF/88, bem como a defesa do consumidor. Desta forma, os direitos cruciais são normas já positivadas na Constituição com o objetivo de proteger os cidadãos de eventuais cláusulas que venham a feri-los, assim, o princípio da proibição do retrocesso impede que sejam desconstituídas as conquistas alcançadas pelo Ordenamento Pátrio. Dessa forma, preconiza Barroso (2001, p.158 a 159):

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.

Segundo Silva Junior (2013), "O princípio da vedação ao retrocesso social tem como conteúdo a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral". Assim, não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. Contestar o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso seria admitir que os órgãos legislativos ou o poder público tomassem suas decisões de forma livre, mesmo em flagrante desrespeito aos direitos e garantias fundamentais da Constituição.

Barroso (2010, p.381) enfatiza a eficácia da vedação do retrocesso, ressaltando a importância desse princípio no ordenamento jurídico, bem como a proteção que o mesmo garante as normas que representam uma conquista social, advertindo:

Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples

da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

Encontra-se enraizado no artigo 3º da CF/88 que o Estado sempre atue progressivamente de forma a melhorar as condições de vida da população, a saber:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – [...] reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, CRFB, 1988).

Como se observa, o Estado possui obrigação de munir a sua população de condições dignas, promovendo sempre a igualdade e a justiça, sendo esses ideais protegidos pelo princípio da proibição do retrocesso, pois qualquer medida que venha a ser tomada com a finalidade de suprimir garantias essenciais já implementadas na Constituição deverão ser consideradas inconstitucionais. Convém destacar o entendimento de Lenza (2012, p.1089) sobre o assunto:

Ainda, dentro desse contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effetcliquet*. Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.

De acordo com esse princípio, a vedação do retrocesso impede ação de medidas inconstitucionais que ameacem o conteúdo de normas já existentes no ordenamento jurídico, ou seja, não é possível invalidar uma lei que protege as liberdades fundamentais sem que possa substituí-la por outra que proporcione garantias fundamentais equivalentes. Nesse sentido, Pesegoglinski Garcia (2014, p. 5), explica claramente o princípio da vedação ao retrocesso:

Assim, a eficácia vedativa do retrocesso impede que o legislador revogue essas normas infraconstitucionais concretizadoras de tais Princípios sem a edição de legislação alternativa equivalente. Caso ocorra alguma violação resultará em flagrante inconstitucionalidade.

O Código de Defesa do Consumidor é norma de direito fundamental, amparado pela Constituição Federal de 1998 no seu artigo 5º, inciso XXXII, onde estabelece que, "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Sendo assim, qualquer ordenamento jurídico que nasça com o intuito de ofender os dispositivos legais do CDC, deverá ser considerado inconstitucional.

2 Exame da súmula 381 do STJ: críticas, lesão ao consumidor e retrocesso de direito

Neste capítulo. Será examinado o teor da Súmula 381 do STJ, as críticas a ela formuladas por juristas e ainda a lesão ao consumidor, demonstrando-se que esse verbete se constitui verdadeiro retrocesso em relação aos direitos insculpidos no CDC e já deferidos ao consumidor.

É preciso se refletir agora como se interpreta a Súmula 381 do STJ.

O Ministro Fernando Gonçalves (2009), apresentou para a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a Súmula 381 que dispõe em seu conteúdo sobre os contratos bancários, tendo sido aprovada, com o seguinte teor: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". Como dispõe Alexandre Torres Petry (2012), a Súmula 381 do STJ, editada no dia 28 de abril de 2009, obteve como parâmetros os artigos 543 do Código de Processo Civil, devido à reiteração de processos no STJ, bem como o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, caso ocorra vício ou defeito no serviço ou mercadoria desobrigando o fornecedor da responsabilidade, definindo tais cláusulas como abusivas e prevendo sua nulidade se desrespeitar os princípios basilares do Direito e as leis. Diante do exposto, através dessa decisão do STJ, têm-se algumas jurisprudências que serviram como base para a adição da referida Súmula, conforme é possível verificar no "ANEXO A" deste trabalho:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 782.895-SC
(2005/0156263-9)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Agravante: Transportes e Distribuição de Gás Farias Ltda.

Advogado: Rogério Reis Olsen da Veiga

Agravado: Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil

Advogado: Emerson Lodetti e outro(s)

EMENTA

Recurso Especial. Agravo regimental. Contrato bancário. Disposições de ofício. Inadmissibilidade. Cobrança antecipada do VRG. Descaracterização do contrato de arrendamento mercantil. Inocorrência. Juros remuneratórios. Não limitação. Capitalização anual dos juros. Possibilidade. Comissão de permanência possibilidade de cobrança desde que não cumulada com os demais encargos moratórios. Taxa Referencial. Legalidade.

Assim, nota-se que a Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça entendeu que se o Juiz reconhecer de ofício cláusulas abusivas sem que as mesmas sejam impugnadas nas razões recursais, o Magistrado estaria ferindo o artigo 515 do Código de Processo Civil, ofendendo destarte o princípio positivado no referido artigo, *tantum devolutum quantum appellatum*, como demonstrados nos “ANEXOS B e C”, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.006.105-RS (2007/0269634-1)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região)

Agravante: Banco Finasa S/A

Advogados: Denise Cabreira Golambieski e outro(s) Diogo StievenFleck e outro(s)

Agravado: Toni Roger de Oliveira

Advogado: Tatiane Coimbra Burille

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Ação revisional. Julgamento *extra petita* configuração. Contrato de alienação fiduciária. Nulidade de cláusulas abusivas. Declaração de ofício. Impossibilidade. Limitação dos juros remuneratórios. Inadmissibilidade na espécie. Capitalização mensal de juros. Contrato firmado posteriormente à edição da MP n. 1.963-17/2000. Cobrança. Possibilidade. Comissão de permanência. Lícitude na cobrança, desde que não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária ou encargos da mora. Mora debendi. Ocorrência. Manutenção do devedor na posse do bem financiado. Impossibilidade. Inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Legalidade. Repetição do indébito. Possibilidade. Prova do erro. Desnecessidade. Agravo regimental não provido.

Outra questão a ser analisada a respeito da Súmula 381 do STJ, foi no julgado do Ministro Aldir Passarinho Junior, corroborando que as instituições financeiras não são cingidas pela Lei de Usura, de acordo com o art. 1º do Decreto 22626/33, que veda e pune caso seja estipulado em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal, devendo assim, ser asseverada caso a caso, quando houver suposta abusividade ou desequilíbrio com os princípios ou leis nos contratos. (STJ, 2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.028.361-RS
(2008/0025524-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Agravante: Severino Pedro de Borba

Advogado: Vanderlei José Bobrowski

Agravado: Banco Finasa S/A

Advogado: Tanise Schmidt e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Agravo regimental. Contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia. Julgamento extra petita. Exclusão dos temas abordados de ofício. Juros. Limitação. Impossibilidade.

I. Inexistindo pedido ou recurso, é vedado ao órgão julgador de ofício declarar a nulidade de cláusulas contratuais referentes a direito patrimonial, conforme pacificado pela E. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 541.153-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 14.9.2005.

II. Não se aplica a limitação de juros remuneratórios de 12% a.a., prevista na Lei de Usura, aos contratos bancários não normatizados em leis especiais, sequer considerada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ.

III. Agravo regimental improvido.

Desta forma, observa-se que diante da decisão da Segunda Seção do STJ à respeito da Súmula tratada, o Juiz não pode reconhecer de ofício as cláusulas abusivas que encontrar nos contratos bancários, pois tal precedente veda definitivamente a observância de tal ato, podendo ser somente reconhecida a abusividade das cláusulas se forem demonstradas cabalmente.

Serão trazidas agora, algumas críticas à Súmula 381 do STJ

São notórias as inúmeras falhas decorrentes da edição da Súmula 381 pelo STJ, pois tal precedente encontra-se em desconformidade com o CDC o vigente Código Civil, bem como com a Constituição Federal da República.

Primeiramente, esse dispositivo afronta o artigo 5º, inciso XXXII (BRASIL. CRFB,1988), informando que o Estado, na forma da Lei vai garantir a defesa do consumidor, ou seja, o Estado possui obrigação de tutelar a parte vulnerável da relação jurídica, pois tal garantia encontra-se elencada como direito fundamental.

Observa-se também que a Lei nº8.078/1990, o CDC, decorre de uma imposição constitucional corroborada no artigo 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, sendo sua produção condicionada ao exercício da atividade legislativa, não sendo possível

portanto, subtrair-se sua observância sob a justificativa de falta ou carência de regulamentação, como adverte, “O Congresso Nacional, dentro de 121 dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

Verifica-se todavia que a Súmula 381 do CDC lesiona também o artigo 170, inciso V da Constituição Federal, a saber:

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;

É notória também a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nas relações de direito econômico de natureza bancária. O Ministro Carlos Velloso enfatiza que o CDC não conflita com as normas que regulamentam o Sistema Financeiro, pois possui precedentes plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços bancários, sendo este um privilégio concedido pela Constituição Federal de 1988 em vários artigos referentes a defesa do consumidor (CAVALIERI, 2011, p.85). Essa defesa está elencada entre os princípios da Ordem econômica, não permitindo que os consumidores sofram abusos dos seus direitos no meio da liberdade de mercado, pois a prática liberal do exercício da atividade empresarial não significa permitir lesionar direitos já adquiridos de pessoas físicas ou jurídicas (BULOS, 2008, p.1263). Nessa mesma linha de pensamento, o CDC no seu artigo 1º (BRASIL, CDC, 2009) declara que as normas enraizadas nele são de ordem pública e de interesse social, sendo assim de observância obrigatória e aplicação necessária, pois as normas de ordem pública, assim como relações contratuais privadas ou públicas positivam os valores fundamentais de uma sociedade.

Sobre o posicionamento do STJ a respeito da Súmula 381, a Ministra Nancy Andrighi exprime de forma límpida sua crítica:

[...] vedar o conhecimento de ofício, pelas mesmas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo, em detrimento do direito material (ANDRIGHI apud GARCIA, 2011, p.7 a 8).

Sobre o exposto, nota-se que a Ministra Nancy Andriahi enfatizou explicitamente o equívoco do STJ na edição da Súmula 381, pois como foi mencionado, trata-se de matéria já pacificada na jurisprudência desse Órgão, além da referida súmula estar em confronto com normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, devidamente sintonizado com a Constituição Federal. Pode-se observar que o artigo 168 do CC/2012 aduz também que as normas que não condizem com os ditames legais, devem ser conhecidas sua nulidade absoluta de ofício pelo juiz, a saber:

Art.168 CC - 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.

Nota-se, segundo Tartuce (2009, p.2), um verdadeiro conflito nas decisões das instâncias superiores de acordo com o artigo 168 do CC/2012 e a Súmula nº 381 do STJ, pois aplica-se costumeiramente decisões que defendem o conhecimento de ofício pelo Magistrado nas cláusulas abusivas referentes às relações de consumo:

Conhecido o recurso e aberta a via especial, autorizado está o STJ a conhecer de ofício de nulidades absolutas. (...)” (STJ, REsp 730.129/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010). Em um *diálogo entre as fontes* – na esteira das lições de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques -, a norma privada não só pode como deve ser aplicada de forma subsidiária às relações de consumo (*diálogo de complementaridade*). Não se olvide, por outra via de aplicação, que as cláusulas abusivas, descritas no art. 51 do CDC, geram a nulidade absoluta da previsão contratual, mais uma vez com base na ordem pública.

Importante ressaltar que, de acordo com o artigo 51 do CDC, são nulas de pleno direito cláusulas abusivas, pois as mesmas contrariam o negócio jurídico celebrado, a saber:

Art. 51 CDC. 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 seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Imperioso frisar que cláusulas contratuais abusivas são decretadas nulas de acordo com a norma no CDC, ou seja, cláusulas proibidas e assim, conseqüentemente, ilícitas. O objetivo do CDC é tutelar a parte vulnerável nas relações consumeristas, assim como exigir a boa-fé entre as partes em qualquer negócio jurídico. Desta forma, nota-se que a Súmula 381 do STJ não condiz com os ditames legais existentes.

Destaca-se também Moreira de Freitas (2012), que o Recurso Especial da Segunda Turma do STJ, pelo Relator Castro Meira em 07/10/2008, foi posicionado contrariamente a Súmula nº 381, a saber:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 6º, "E", DA LEI Nº 4.380/64. LIMITAÇÃO DOS JUROS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. ARTS. 1º E 51 DO CDC. 1. A matéria relativa à suposta negativa de vigência ao art. 5º da Medida Provisória 2.179-36 e contrariedade do art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi prequestionada, o que impede o conhecimento do recurso nesse aspecto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabeleceu taxa máxima de juros para o Sistema Financeiro de Habitação, mas, apenas, uma condição para que fosse aplicado o art. 5º do mesmo diploma legal. Precedentes. 3. Não haverá julgamento extra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC). Precedente. 4. Recurso especial provido em parte. (STJ - Recurso Especial 1013562/SC - 2ª Turma - Rel. CASTRO MEIRA; J: 07/10/2008).

Outra questão a ser observada é a Súmula 297 editada pelo STJ, afirmando que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Diante de tais premissas, insta salientar que o órgão Julgador, através da Súmula 381, beneficia explicitamente instituições financeiras, o que não justifica esse tipo de exceção, pois as mesmas são as que mais desrespeitam os direitos do consumidor.

Como assevera Flávio Tartuce, a Súmula discutida deve ser cancelada, pois fere a autonomia do Magistrado e a ideia de juiz natural, possuindo em seu teor o impedimento do

Juiz quando se deparar com cláusulas abusivas nos contratos bancários, aprisionando o Magistrado aos pedidos formulados pelas partes. Desta forma, o Autor critica:

Como verdadeiro absurdo, a súmula veda ao juiz que conheça de abusividade apenas nos contratos bancários. Simbolizando, em tais contratos (e somente nesses), o magistrado deve se comportar como Pôncio Pilatos, lavando as mãos e mantendo-se distante do abuso ou do excesso cometido. Em suma, somente atuará se houver pedido em tal sentido. A súmula fere totalmente a lógica do razoável e a equidade que se espera do Direito como um todo. Há um quê de proteção ou defesa dos bancos em detrimento do consumidor, quando o sistema consagra justamente o contrário, pela existência de lei específica e contundente de tutela dos vulneráveis, o Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE, 2009, p.3 a 4).

Logo, o direito fundamental à defesa do consumidor deve ser protegido não somente pelo Estado, mas também nas relações privadas, como assegura a Súmula 297 do STJ, pois desta forma, se não for possível o conhecimento de ofício pelo Magistrado nas cláusulas abusivas contratuais impede a produção desse direito fundamental na relação entre a instituição bancária e o consumidor. Nota-se que dentro do próprio Órgão Julgador não existe uma pacificação a respeito do assunto, pois de acordo com suas decisões anteriores à Súmula 381 e agora, as decisões do STJ se confrontam nitidamente, mostrando total desequilíbrio em seus posicionamentos jurisprudenciais. Destarte, conforme Tartuce (2009, p.4), “contrariar a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e seus princípios e toda a lógica equânime do sistema, deve a Súmula 381 do STJ ser imediatamente cancelada”.

Será analisada a lesão ao consumidor em consequência da Súmula 381 do STJ, analisando-se, de forma sistemática com o princípio da vedação do retrocesso de direito. Pois bem, com a edição da Súmula 381 do STJ, ficou demonstrado um desrespeito com a Ordem Constitucional bem como com os princípios e as normas positivados no CDC, podendo ser observada na frase de Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p.7):

A Constituição Federal, também de forma inovadora, introduziu a figura do consumidor como agente econômico e social, estabelecendo de forma expressa como princípio da ordem econômica a “*defesa do consumidor*” (art. 170, V), possibilitando a intervenção do Estado nas relações privadas, de modo a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, observa-se que a defesa do consumidor caminha juntamente com o crescimento econômico, pois ambos estão previstos como princípios de ordem econômico constitucional de acordo com artigo 170, inciso V da Constituição Federal.

Para a edição da Súmula 381 do STJ, usou-se como parâmetro o artigo 515 do CPC que rege o princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*", é uma manifestação do princípio devolutivo, ou seja, o Tribunal somente poderá conhecer o que a parte requisitou no seu pedido, respeitando desta forma o princípio da inércia. Assim sendo, o Tribunal não poderá conhecer de matéria que não foi conduzida no pedido de apelação. Esta é uma das críticas sobre a Súmula nº 381 do STJ e um dos precedentes elencados na jurisprudência para sua interpretação, consolidando que a revisão de ofício pelo Magistrado nas cláusulas contratuais que não forem objeto de recurso, fere o princípio do "*tantum devolutum quantum appellatum*". Ocorre que tal princípio não é absoluto e encontra-se limitações em outros princípios e em matérias de ordem pública, como se pode observar nos artigos que tutelam os consumidores, bem como os dispositivos que decretam nulidade absoluta de cláusulas abusivas (TARTUCE, 2009, p.2 a 3).

A análise da Ministra Nancy Andriahi em relação ao enunciado da Súmula 381 do STJ são esclarecedores:

[...] incoerências do entendimento pacificado de o TJ não poder conhecer de ofício as nulidades quando não provocado especificamente pela parte, por causa de outra interpretação dada pelo STJ ao CDC, quanto à questão relativa à incompetência relativa suscitada em razão das cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos de adesão. Como regra geral, a cláusula de eleição de foro cuida de incompetência relativa e o juiz só pode pronunciá-la se provocado pela parte interessada, tudo nos moldes dos arts.112 e 113 do CPC e sedimentada na Súmula nº 33 do STJ (*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*). Todavia, a jurisprudência do STJ uniformizou-se no sentido de que, cuidando de contrato que regula relação de consumo, deve-se mitigar a regra do CPC e reconhecer de ofício a incompetência, especialmente quando a cláusula vem formulada em sede de contrato de adesão. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC. Por isso cabe a indagação: Se o STJ, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusula de eleição de foro com base na sua abusividade, porque assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam estar inseridas no contrato? Não há razão para adotar posicionamento diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares. (GARCIA,2010, p.11).

Seguindo a orientação do CDC, o juiz deve reconhecer de ofício cláusulas que contiverem no seu teor qualquer abusividade, como ressalta o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, o referido artigo fala explicitamente sobre abusos nos contratos, podendo o juiz, sem que a parte peça, requerer a nulidade das mesmas, sem atingir as demais.

Portanto, o artigo 515 do CPC é aplicado quando se depara com uma decisão em que o Tribunal conheceu mas que não foi impugnada no pedido inicial, ferindo assim o princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*". Mas, quando se deparar com um pedido de ofício pelo juiz, sem que a parte esteja requisitando esse pedido, o Tribunal não estará agindo de forma equivocada, pois existe uma previsão legal onde estabelece que o juiz pode conhecer de ofício as cláusulas abusivas, não ofendendo destarte o artigo 515 do CPC.

Segundo Tartuce (p.1 a 2), a Súmula nº 381 do STJ representa um contrassendo jurídico, pois de acordo com o artigo 1º do CDC, bem como a aplicação da Lei 8.078/90 aos contratos bancários reconhecido pela Súmula nº 297 do próprio Órgão, o juiz deve conhecer de ofício a proteção dos consumidores, pois a lei consumerista é norma de ordem pública e interesse social, de acordo com previsão constitucional. Nesse sentido, o próprio STJ já havia discutido sobre o assunto:

Questões de ordem pública contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, podem e devem ser conhecidas, de ofício, pelo julgador. Por serem de ordem pública, transcendem o interesse e se sobrepõem até a vontade das partes" (STJ, AgRg no REsp 703.558/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2005, DJ 16/05/2005 p. 349). Percebe-se, em tal contexto, um retrocesso no entendimento anterior do próprio Tribunal Superior.

Pode-se concluir que houve um retrocesso no posicionamento do referido Órgão, ferindo expressamente as normas do CDC bem como o artigo 51, caput do CDC, onde declaram-se nulas de pleno direito as cláusulas abusivas nas relações de consumo. Desta forma, Torres Petry salienta:

[...] com a edição da Súmula 381, inegavelmente, ocorreu uma guinada muito grande no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o que acaba trazendo reflexos para todos os demais Tribunais Estaduais e acaba por restringir um direito que antes o consumidor usufruía ao acionar o Judiciário.

O consumidor passou a ter a sua esfera de proteção reduzida, o que representa retrocesso no âmbito de sua proteção e defesa.

O STJ, na admissão desse precedente restringiu a possibilidade de o consumidor garantir seus direitos de defesa ocasionando o retrocesso dos seus direitos cruciais previstos na Constituição Federal, sendo que, a própria Constituição veda a supressão ou redução de direitos fundamentais a níveis inferiores àqueles que os cidadãos já conquistaram e garantiram para sua vida.

Para Garcia (2010, p.11), “a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea”, e nessa mesma linha de raciocínio, Oliveira (apud Garcia, 2010, p.11) assevera:

O Código de Defesa do Consumidor, por ser legislação complementar à Constituição, criou direitos que já definitivamente pertencem ao patrimônio de todo consumidor, de modo que nenhuma lei que venha a alterar *in pejus* tal situação jurídica ou restringir esses direitos consagrados será recepcionada pelo ordenamento jurídico, e muito menos com ele viverá.

O CDC foi inspirado sobre base sólida constituída por princípios e valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, pois desta forma pode-se interpretar o CDC sob o seu verdadeiro propósito, que é garantir proteção da integridade física e moral da pessoa humana, bem como almejar uma sociedade justa (CAVALIERI FILHO, 2011, p.25).

Considerações finais

Por meio do presente trabalho, examinou-se minuciosamente a defesa do consumidor como garantia fundamental, devendo assim ser resguardado para que continue buscando sua máxima efetividade, defendendo os interesses do consumidor desde que o Código de Defesa do Consumidor foi inspirado pela Constituição Brasileira, na proteção desta classe vulnerável da sociedade.

A partir do estudo sobre o Código de Defesa do Consumidor, bem como demonstrada toda sua importância jurídica no meio social, além de ser devidamente amparado pela Constituição, mostra-se que a edição da Súmula 381 do Supremo Tribunal colide

frontalmente com os ideais da vigente Constituição, da lei consumerista e também do posicionamento da própria Corte Superior.

É imperioso destacar que o princípio da vedação do retrocesso de direito, que resguarda as normas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, protegendo o cidadão de eventuais precedentes que venham a lesionar os direitos que já lhes são garantidos. Percebe-se que o teor da referida súmula feriu os interesses do consumidor e contrariou os princípios constitucionais, promovendo verdadeiro retrocesso a direitos já sedimentados em favor do consumidor. Mais especificamente, foi demonstrado que, diante da Súmula 381 do STJ, que veda ao magistrado reconhecer de ofício cláusulas abusivas nos contratos bancários, houve significativo prejuízo à tutela do consumidor, causando lesão a um direito já conquistado pelo CDC, que é a possibilidade de conhecimento de ofício das cláusulas que lhe são prejudiciais.

Diante do estudo da origem desse verbete jurisprudencial e de sua redação, constata-se um alarmante equívoco da Corte Superior, contrariando toda proteção e defesa do CDC, alicerce da ordem econômica, bem como desrespeitando direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Por todo exposto, propõe-se uma reflexão sobre a incompatibilidade da Súmula 381 do STJ, concluindo que a referida Súmula representa um verdadeiro retrocesso na efetividade do direito fundamental da defesa do consumidor, por caminhar na contramão de todos os preceitos expostos em detrimento da parte vulnerável da relação jurídica consumerista.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed, Editora Saraiva, REVISTA 2009 2ª TRIAGEM 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual do Direito do Consumidor**. Disponível em:

<<http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em 17 de abril de 2017.

BRASIL. CDC. Código de Defesa do Consumidor, 11 de setembro 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 10 de abril de 2017.

_____. CF. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de março de 2017.

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

CABRAL Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Síntese de Direito do Consumidor**. 2ª ed - Revista e atualizada, Editora Brasil Multicultural: Campos dos Goytacazes, 2016.

Erica Patrícia Moreira de Freitas. A Súmula 381 de Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/usuario/viajus.php?pagina=artigos&id=4402>. Acesso em 25 de maio de 2017.

FILHO Sergio Cavaliere. **Programa de Direito do Consumidor**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

GARCIA, Carla Rosane Pesegoginski. **Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/artigos/carlaadvogada/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 20 de Abril de 2017.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html. Acesso em: 12 de maio de 2017.

JUNIOR, Luiz Carlos da Silva . **O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 13 de abril de 2017.

LENZA Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PETRY, Alexandre Torres. **A Súmula 381 do STJ como afronta ao sistema dos Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12537/8403>>. Acesso em: 20 de maio

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **STJ tem nova súmula sobre abusividade das cláusulas nos contratos bancários**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1036145/stj-tem-nova-sumula-sobre-abusividade-das-clausulas-nos-contratos-bancarios>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Súmula 381 do STJ. Um equívoco a ser corrigido.** Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/tartuce_sumula381.doc. Acesso em 28 de Abril de 2017.