



A Súmula 381 do STJ como afronta ao sistema dos direitos fundamentais

Brazilians Superior Court of Justice's provision nº 381 as offence for the system of fundamental rights

ALEXANDRE TORRES PETRY

Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Mestrando pela PUCRS.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a decisão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 e, consequentemente, a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já que este é o principal fundamento da decisão. Pretende-se demonstrar que a análise de questões de ofício pelo Juiz ou Tribunal, quando se trata de relações de consumo, não ofende aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Ao final, propõe-se uma reflexão sobre a incompatibilidade da Súmula 381 com o sistema de direitos fundamentais, o que leva à conclusão de que a referida súmula representa verdadeiro retrocesso na efetividade do direito fundamental da defesa do consumidor.

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

ABSTRACT: The present study aims to examine the decision of the AgRg in Special Appeal n. 919.189 and, therefore, the Brazilian Superior Court of Justice's (STJ) provision nº 381, since this is the main ground of the decision. We intend to demonstrate that the analysis of issues *ex officio* by Judge or Court, when it comes to consumer relations, does not offend the principles of the "reasonable opportunity to present its case", broad defense and due process of law. Finally we propose a reflection on the incompatibility of Provision 381 with the system of fundamental rights, which leads to the conclusion that this provision represents a real setback to the effectiveness of the fundamental right of consumer protection.

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

1 INTRODUÇÃO

Passados mais de 23 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o debate sobre os direitos fundamentais e a sua eficácia mostra-se extremamente atual e relevante, porém, percebe-se que os direitos fundamentais são citados em demasia pelos Tribunais e doutrina, o que é benéfico, mas residindo o grande problema no domínio dos conceitos e imprecisões nas teorias levantadas e defendidas. Muitas vezes, os direitos fundamentais são citados de forma vaga, servindo como fundamento para afronta de outros direitos fundamentais, o que abala a prejudica todo o sistema dos direitos fundamentais consolidado pela magna carta brasileira.

Nesse contexto é que se encontra a decisão de 2011 do Superior Tribunal de Justiça referente ao AgRg no Recurso Especial nº 919.189, que, infelizmente, assemelha-se à dezenas de outras decisões que versam sobre matéria idêntica, todas elas baseadas na Súmula 381, a qual, arrisca-se dizer, é "inconstitucional".

A própria Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça é consubstanciada em decisões que, a partir de uma interpretação que não foi adequada, sustentam a garantia de direitos que, frente ao caso concreto, sequer foram desrespeitados, sendo que a sua consequência trágica acaba sendo uma barreira para a concretização de um específico direito fundamental: a defesa do consumidor.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, que não deveria julgar matérias de cunho constitucional, acabou, com base em legislação federal, barrando a efetivação de um direito fundamental, o que é inadmissível. A imprecisão com que o Superior Tribunal de Justiça tratou do relevante tema dos direitos fundamentais, ainda que de forma reflexa, é inconcebível, pois o Tribunal em questão sequer "mediu" as consequências da sua decisão, tornando-se necessário explorar o acórdão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, a edição da Súmula 381 e as suas imprecisões e consequências, para, ao fim, tentar apontar solução para a incompatibilidade criada, a fim de que o presente estudo tenha efetividade e contribua para o fortalecimento do sistema dos direitos fundamentais.

2 A DECISÃO DO AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 919.189 E A SÚMULA 381 DO STJ

2.1 A relevância da decisão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 / STJ

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 representa um retrocesso na cenário jurídico brasileiro, pois a mesma está calcada na Súmula 381 do referido Tribunal, a qual se baseou em diversas decisões como esta. A decisão ora estudada possui a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 381 DO STJ. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. ABUSIVIDADE CARACTERIZADA. MORA AFASTADA.

1. Conforme jurisprudência assente desta Corte, não é possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas (Súmula 381/STJ).

2. Somente é cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação da MP 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada.

3. Consoante entendimento pacificado da Segunda Seção, a cobrança de encargos indevidos importa na descaracterização da mora (Eresp 163.884/RS).

4. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Resta expresso na decisão debatida que não é possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas, conforme a Súmula 381 do STJ. Portanto, o eminente Superior Tribunal de Justiça simplesmente não mais admite discussão sobre a possibilidade de declaração de nulidade de ofício de cláusulas abusivas de contratos bancários de consumo, ainda que assim disponha a leitura sistemática do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, o art. 51.¹

A Súmula 381, publicada em 05 de maio de 2009, conforme próprias informações do STJ,² trata de contratos bancários, sendo projeto do Ministro Fernando Gonçalves, que definiu que um suposto abuso em contratos bancários deveria ser demonstrado cabalmente, não sendo possível ao julgador reconhecer

a sua irregularidade por iniciativa própria. Para chegar a essa constatação, basta a leitura da Súmula 381³ do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

É muito importante entender o contexto em que esta súmula foi sugerida e aprovada. Isso porque a referida súmula teve como referência os artigos 543-C do Código de Processo Civil, que trata dos processos repetitivos no STJ, e do já referido art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, para entender efetivamente a razão para a aprovação da Súmula 381 do STJ, torna-se necessário analisar os precedentes citados pelo próprio órgão julgador, que são os seguintes: AERESP 801421-RS (decisão em 14/03/2007), AGRESP 782895-SC (decisão em 19/06/2008), AGRESP 1006105-RS (decisão em 12/08/2008), AGRESP 1028361-RS (decisão em 15/05/2008), ERESP 645902-RS (decisão em 10/10/2007), RESP 541153-RS (decisão em 08/06/2005), RESP 1042903-RS (decisão em 03/06/2008) e RESP 1061530-RS (decisão em 22/10/2008).

Constata-se que o Superior Tribunal de Justiça citou oito precedentes, todos da região sul do país, sendo sete do Estado do Rio Grande do Sul e um do Estado de Santa Catarina. Todos os precedentes analisados fazem “confronto” entre as regras estabelecidas no Código de Processo Civil (em especial art. 515) e no Código de Defesa do Consumidor (em especial art. 51) dando respaldo para a regra de ordem processual, ou seja, privilegiando o art. 515 do CPC, uma vez que foi pacificado o entendimento, conforme decisão do RESP 541153-RS⁴ (o precedente mais antigo citado para a formulação da Súmula 381), de que o exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal não é possível, por ofensa ao princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Nitidamente, o argumento do conjunto das decisões que embasaram a Súmula 381 do STJ é que a decisão que revisa de ofício uma cláusula abusiva seria *ultra petita* por passar o próprio limite da parte interessada⁵, além de o recurso de apelação devolver para o órgão *ad quem* apenas a matéria impugnada, que se restringiria aos limites da impugnação, impossibilitando, assim, o reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusiva⁶.

Entretanto, com a devida vênia, o Superior Tribunal de Justiça ultrapassou os limites de sua competência ao expor que os Tribunais Estaduais não poderiam revisar de ofício cláusulas abusivas de contratos que regulam relações de consumo, pois invadiu a esfera constitucional, uma vez que a defesa do consumidor é um direito fundamental, expressamente previsto no art. 5º, XXXII⁷.

Dessa forma, como se pretende demonstrar a seguir, é possível sim que os Tribunais Estaduais, assim como o próprio Superior Tribunal de Justiça, que tem como missão regular às ofensas à legislação federal, entre elas o Código de Defesa do Consumidor, revisem e declarem de ofício nulas cláusulas abusivas em contratos que envolvem relações de consumo.

O contraponto que poderia ser feito, também sob a ótica constitucional, seria a ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, direitos fundamentais previstos no mesmo art. 5º, mas no inciso LV.⁸ Esse argumento seria lógico, na medida que, por exemplo, um Tribunal Estadual, ou até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, ao declarar nula uma cláusula de ofício, sem sequer requerimento da parte, estaria causando prejuízo ao titular do contrato que teve a cláusula anulada, uma vez que este não teria todas as condições de “defender” a legalidade dessa cláusula (e por isso ofensa ao princípio da ampla defesa), assim como não poderia ao menos ter debatido sobre a validade da cláusula (e assim a ofensa ao princípio do contraditório).

Ocorre que a declaração de ofício de abusividade de cláusulas em contratos que regulam relações consumeristas não ofende aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pelo contrário, afirma o direito fundamental da defesa do consumidor, tornando mais robusto e efetivo o sistema dos direitos fundamentais.

Ainda, de forma mais ampla, poder-se-ia afirmar que a declaração de abusividade de cláusulas contratuais, de ofício, por Tribunais superiores, infringiria o devido processo legal, podendo-se, para tanto, elencar várias outras garantias, como, por exemplo, o princípio do duplo grau de jurisdição, o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte e o princípio da devolutibilidade dos recursos. Porém, conforme ponderação dos princípios postos em causa, bem como definição dos conceitos básicos, concluir-se-á que a declaração de ofício de nulidade de cláusula contratual em relação de consumo, ainda que na última instância, não afronta a garantia constitucional do devido processo legal.

2.2 O respeito ao devido processo legal

A edição da Súmula 381 causou polêmica, apesar de poucos doutrinadores expressamente se colocarem contra esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Aqui não se pretende atacar a súmula apenas da ótica do Direito do Consumidor, mas, também, demonstrar que a possibilidade do julgador de ofício conhecer da abusividade de cláusulas contratuais, em nada prejudica as partes, pelo contrário, apenas fortalece o sistema jurídico nacional, o qual é calcado

em direitos fundamentais. Assim, busca-se demonstrar que não há afronta ao devido processo legal quando um julgador conhece de ofício a abusividade de uma cláusula contratual.

O devido processo legal, conforme leciona Nelson Nery Junior é o princípio fundamental do processo civil, sobre qual todos os demais princípios se sustentam, restando positivado na Constituição Federal no art. 5º, LIV, quando estipula que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.⁹

Tanto é verdadeira essa afirmação, que pode-se dizer que bastaria falar em devido processo legal (cuja origem está na expressão *due process of Law*) que poderiam ser deixado de lado quase todos os incisos do artigo 5º. Porém, foi uma opção concreta do constituinte brasileiro de destacar a importância de todas as garantias expressas ao longo do extenso art. 5º, o que faz com que os três poderes da república (Judiciário, Executivo e Legislativo) se vinculem a esses direitos fundamentais e possam defender e aplicar estas cláusulas pétreas sem maiores questionamentos.¹⁰

O princípio do devido processo legal remonta à Magna Carta de 1215, célebre documento de vital importância no direito, principalmente, no direito inglês e norte-americano, que centenas de anos mais tarde, foi incorporada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI, nº 1), irradiando-se, mais tarde, para diversos textos constitucionais. Trata-se de dupla proteção ao indivíduo, pois atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, ao mesmo tempo que, no âmbito formal, assegura ao indivíduo paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa.¹¹

Porém, essa “adaptação” da cláusula do *due process of law* redundou em algumas dificuldades no Brasil. Isso se deu em razão das diferenças culturais, até porque temos uma formação constitucional diversa da *common law*, bem como pelo fato da tradução dada pelo constituinte a esta cláusula. Isso porque o direito anglo-saxão tem como principal fonte o precedente judicial e não a lei em sentido estrito como adota a escola romano-germânica. Assim, ao traduzir-se de forma literal, gera-se uma dificuldade, pois, obviamente a expressão “legal” não possui a mesma conotação no Brasil do que, por exemplo, nos Estados Unidos e Inglaterra. Logo, torna-se necessário fazer uma interpretação mais abrangente deste dispositivo incorporado na Constituição Federal, entendendo-se o devido processo legal não como mero processo apenas disciplinado pela lei, mas sim o devido processo disposto pelo sistema constitucional.¹²

Desta forma, só existirá o devido processo legal se for observada uma série de subprincípios, como, por

exemplo, o princípio da demanda; o direito do réu de ser citado e de se defender; as partes valerem-se de todos os meios e recursos possíveis; não serem admitidas provas ilícitas; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões; o duplo grau de jurisdição; entre outros. Enfim, a cláusula constitucional do devido processo legal é uma cláusula aberta que inclui diversas outras, tanto de forma implícita ou explícita.¹³

Então, pode-se afirmar que para que haja respeito ao devido processo legal, princípio basilar do processo, deve haver o respeito a todas as demais garantias constitucionais, as quais devem ser entendidas como um sistema interligado e conexo. Nesse contexto, nos termos da decisão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, ainda que não se esteja fazendo uma análise sobre o prisma constitucional, há implicitamente a afirmação de ofensa ao princípio do devido processo legal, quando, no mesmo contexto da Súmula 381 do STJ, veda-se ao Tribunal a possibilidade, de ofício, de anular uma cláusula contratual com base no argumento de que tal conduta afrontaria o princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”, ou, até mesmo, dependendo de como o autor da ação postulou os pedidos, a decisão seria *ultra petita*.

Pelo princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*” entende-se que o recurso devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, pois o recurso nada mais é do que o poder da parte de provocar o reexame de um ato decisório. Logo, o recurso devolveria ao órgão julgante *ad quem* o exame da matéria discutida, mas que tenha sido expressamente impugnada. Assim, por princípio, caberia ao Tribunal manter-se nos limites do recurso, sendo vedado, ainda a *reformatio in pejus*. O Judiciário, mesmo em recurso, não pode agir a não ser provocado pela parte¹⁴.

De igual forma, enquadrar-se-ia a questão da decisão *ultra petita*. As instituições de crédito, certamente, sempre alegarão que, uma vez não tendo o autor da ação ou o recorrente requerido a nulidade de determinada cláusula de contrato, não poderia o Tribunal, de forma imparcial e sem motivação, deferir algo que não foi postulado.

Porém, estes argumentos não se sustentam. Primeiramente, é pacífico que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos Bancos, uma vez que o próprio STJ editou a súmula 297, ainda em setembro de 2004, com a seguinte redação: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Logo, não esta dúvida que as instituições bancárias regem-se pelas mesmas regras que todos os demais fornecedores quando a relação é de consumo, ou seja, pelo Código de Defesa do Consumidor. Aliás, aqui preocupa a falta de rigor técnico, pois é sabido

que nem todo contrato bancário trata de relação de consumo (pode ser relação entre particulares, empresas, particulares e governos e diversos outros contratos que não caracterizam relações de consumo), porém, nos autos da decisão ora debatida, assim como todas as demais que ensejaram a edição da Súmula 381, discutem-se relações de consumo.

Ora, é inquestionável que o Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e interesse social, o que já ensejaria a sua aplicação de ofício. Nesse sentido, destaca o jurista Bruno Miragem que o controle das cláusulas abusivas e decretação de sua nulidade é competência judicial, cabendo ao juiz ou Tribunal decretar a sua nulidade e realizando a integração do contrato, mediante requerimento do consumidor, interessado, de quem o represente adequadamente, ou de ofício.¹⁵

Portanto, o poder Judiciário tem o dever de fazer o controle das cláusulas abusivas, mesmo que o consumidor não faça requerimento nesse sentido, sendo que essa imposição é de ofício e aplicada a qualquer momento. Diante disso, jamais seria *ultra petita* uma decisão que declarasse de ofício uma abusividade de cláusula de contrato que regule relação de consumo. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia pacificado este entendimento, conforme decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1013562-SC (07/10/2008):

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.

Não há dúvidas que o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia pacificado o entendimento de que

não existe julgamento *extra petita* quando o juiz ou Tribunal se pronuncia de ofício sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas abusivas de contrato de relação de consumo. O mesmo raciocínio se apresenta para a alegação de violação ao princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”, ou seja, que o Tribunal apenas poderia debater sobre a matéria expressamente impugnada. Indubitavelmente, quando a matéria é de ordem pública, não fica o Tribunal vinculado ao referido princípio, pois o mesmo tem o dever (e não a opção) de fazer o controle da abusividade das cláusulas contratuais.

Portanto, ao contrário do entendimento da decisão proferida nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, assim como nas decisões que consubstanciaram a Súmula 381 do STJ, quando o juiz ou Tribunal conhece de ofício a abusividade de cláusulas que envolvem relações de consumo, mesmo que o consumidor não tenha feito esse requerimento, a decisão, sob hipóteses alguma, pode ser considerada *ultra petita* ou como ofendendo o princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”, pois o julgador tem o dever de conhecer de ofício essa matéria, não existindo, assim, qualquer ofensa ao devido processo legal.

2.3 Da garantia do contraditório e da ampla defesa

Ainda que a discussão não tenha sido feita sob o prisma das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até porque essa não é a competência do Superior Tribunal de Justiça, torna-se imperioso analisar se as decisões de ofício dos Tribunais não afrontariam estes importantes direitos fundamentais da parte que teve a cláusula em seu desfavor considerada nula. Para tanto, importa em bem entender estes conceitos e, mediante o caso concreto, verificar se estas garantias seriam respeitadas.

Primeiramente, considerando o pouco debate sobre o tema pela doutrina, afirma-se que ampla defesa e contraditório não são sinônimos, pois não haveria qualquer sentido em o legislador positivar ambos os princípios. Mesmo existindo uma relação de complementação, tratam-se de conceitos distintos.¹⁶

Partindo dos ensinamentos de Sérgio Gilberto Porto, o contraditório é princípio “cardeal” (sagrado – princípio nuclear do direito processual) do direito processual, pois é a partir dele que o cidadão encontra meios de participar do exercício do poder, legitimando a atuação do Estado.¹⁷ O contraditório é muito mais que a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los, pois também se expressa na própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes.¹⁸

Atualmente, o contraditório está ligado à ideia de “processo justo”, pois o contraditório moderno constitui uma garantia de não surpresa, o que redundaria na obrigação do juiz de provar efetivo debate acerca de todas as questões discutidas no processo a fim de que não aplique normas ou embase as suas decisões sobre fatos esdrúxulos da dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Logo, o contraditório exige o policentrismo processual, permitindo que todos os sujeitos potencialmente atingidos pelo julgado possam contribuir de forma crítica e construtiva para a sua formação.¹⁹ Assim, o contraditório emancipa-se da ideia de igualdade formal para passar a ser considerado como figura central do processo, cujo resultado é um ato de três pessoas (das partes e do Juiz), como um autêntico ambiente democrático e cooperativo.²⁰

Já o princípio da ampla defesa consubstancia que o cidadão tem plena liberdade de, na defesa de seus interesses, alegar todos os fatos e apresentar todas as provas possíveis, destacando-se que não se entende defesa como uma generosidade, mas verdadeiro interesse público, sendo o direito à ampla defesa essencial para qualquer Estado que se intitule como democrático.²¹

A ampla defesa precisa ser interpretada como o conjunto de garantias que asseguram ao réu o direito de impugnar a pretensão do autor em todos os seus termos, ou seja, ter o direito de contrapor-se ao pedido do autor e seus fundamentos, produzir provas, sendo proibido ao órgão jurisdicional, e ao próprio autor, qualquer atitude que venha a tolher o exercício de tal direito do réu. É a condição que a parte tem de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário. Logo, apesar de muitas vezes a ampla defesa ser “equiparada” ao contraditório, não significam a mesma coisa, pois ao passo que o contraditório se refere à garantia da efetiva participação no processo, em nível da ação ou da defesa, a ampla defesa refere-se à amplitude dessa participação. Dessa forma, ao contrário do que defendem alguns juristas (entre eles Alexandre de Moraes e Celso Bastos), não se vê no contraditório a exteriorização da ampla defesa, já que contraditório funcionará como uma espécie de gatilho para a ampla defesa, sendo o *plus* necessário para o desencadeamento de todas as suas consequências.²²

Nesse contexto, a indagação que se faz é a seguinte: como admitir a declaração, de ofício, por Tribunal, de abusividade de cláusula contratual sem que haja ofensa aos fundamentais princípios do contraditório e da ampla defesa, que também acabam por embasar o devido processo legal?

A resposta começa pela visão, defendida por Elaine Harzheim Macedo, que o magistrado e a sua atuação devem ser vistos à luz de sua condição de mandatário do povo, de titular da soberania e não como mero servidor público que se limita a declarar a vontade da lei.²³

Apesar da defesa do consumidor ser um direito fundamental mais recente que a ampla defesa e o contraditório, isso em nada deve influenciar a decisão do julgador, haja vista que todos estes princípios são elencados como direitos fundamentais e, portanto, no caso em tela, deve ser feita uma ponderação entre os princípios. Segundo Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.²⁴

Conforme leciona Robert Alexy, se dois princípios colidem, necessariamente, um dos princípios terá que ceder, não significando isso que o princípio cedente é inválido e nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorrerá é que, diante do caso concreto, um dos princípios terá procedência em face do outro, sem que negue o seu valor.²⁵

A boa técnica processual demandaria que o órgão julgador, ao menos, oportunizasse as partes a discussão sobre a validade de determinada cláusula contratual. Porém, ante o ordenamento jurídico, que deve ser interpretado de forma sistêmico, junto com a leitura da Constituição Federal, que se erradia para as demais legislações, parece-me que não há um conflito propriamente dito, mas sim uma autorização expressa que, na verdade, é um dever, para que o juiz ou órgão julgador, constatando a incidência de cláusula abusiva, a declare nula de ofício. Ora, o juiz, ou até mesmo o Tribunal, deve ser considerado como mandatário do povo e, ao vislumbrar cláusula abusiva, partindo do princípio que a defesa do consumidor é um direito fundamental e que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de interesse social, deve declarar a abusividade da referida cláusula de ofício.

Isso se dá em razão de que é vedado ao Estado deixar de proteger o consumidor (sendo esse um direito fundamental), tendo em vista a sua importância, relevância e, até mesmo, repercussão para a sociedade, impondo-se, assim, uma intervenção ativa, ou seja, mesmo que sem requerimento da parte, para propiciar sua adequada e efetiva tutela.²⁶

Portanto, no caso em tela, ainda que pese que o mais prudente e benéfico para as partes fosse discutir a validade de uma cláusula contratual desde o início, mesmo que as partes sequer tenham objeção quanto à aludida cláusula contratual, sempre poderá o juiz ou Tribunal (e entenda-se esse poderá como

deverá), ao contrário do que entendeu a decisão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 e preconiza a Súmula 381 do STJ, de ofício, declarar a nulidade da cláusula contratual, pois este é um dever do juiz como representante legítimo do povo, não podendo se omitir de efetivar um direito fundamental, ressaltando-se que isso não signifique afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, que cedem espaço, sem que percam validade, ao bem maior a ser tutelado no caso concreto.

3 DA “INCOMPATIBILIDADE” DA SÚMULA 381 DO STJ COM O SISTEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O direito à proteção do consumidor como direito fundamental

Mesmo sendo unânime o entendimento de que a proteção da defesa do consumidor é um direito fundamental, ainda assim se faz necessário o estudo do seu surgimento, evolução e estado atual perante a ordem jurídica.

O ser humano vive na era do consumo exacerbado, em que o consumo já deixou de simplesmente atender uma necessidade, mas passou a ser ferramenta de concretização dos desejos das pessoas. Logo, o consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano, estando correta a afirmação de que todos são consumidores, indiferentemente de classe social e condição econômica.²⁷

Apesar de ser possível identificar normas, princípios e dispositivos que previam a proteção do consumidor, mesmo que assim não fosse identificado, em diversos momentos históricos da evolução do direito, pode-se afirmar que o direito do consumidor é um ramo novo do direito, sendo que o consumidor, assim identificado, que é o sujeito de direitos que este ramo transversal entre o direito privado e público tutela, foi reconhecido pelo direito há muito pouco tempo, já que esse novo ramo do direito como hoje o conhecemos surgiu fortemente nos anos 60-70 do século XX.²⁸

No entanto, de acordo com os ensinamentos do ilustre jurista Bruno Miragem, a preocupação com o consumidor e seus direitos se iniciou no discurso do Presidente dos Estados Unidos John Kenedy realizado no congresso norte-americano no ano de 1962, quando foi enunciada a necessidade de proteção do consumidor, sendo apontados os seguintes direitos como básicos desse novo sujeito: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito de ser ouvido. Desde então, sucessivas leis de proteção ao consumidor foram aprovadas nos Estados Unidos

ainda na década de 60, sendo esse o país considerado como o berço do direito do consumidor.²⁹ Além disso, a consciência social e cultural de defesa do consumidor se concretizou, ainda na década de 60, especialmente com o surgimento das associações dos consumidores com Ralf Nader, apesar de já poder ser apontada a preocupação com a proteção do consumidor desde 1890, quando editada a Lei Sherman, que é a Lei Antitruste americana.³⁰

Após, em 1985, a Organizações das Nações Unidas (ONU), estabeleceu diretrizes para a legislação consumerista, bem como apontou no sentido de que o direito do consumidor se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão).³¹ Os objetivos buscados pela ONU eram os seguintes³²: a) ajudar os países a estabelecerem uma proteção adequada e efetiva aos consumidores; b) estimular os produtores e distribuidores a adotar normas de ética de conduta; c) ajudar a “frear” as práticas comerciais abusivas; d) facilitar a criação de grupos de defesa dos consumidores; e) fomentar a cooperação internacional; e f) promover condições que permitissem aos consumidores terem opções de escolha de produtos e serviços com preços mais baixos.

A fim de alcançar os objetivos propostos, a ONU estabeleceu as seguintes diretrizes através da Resolução 39/428, que foram muito importantes na criação e consolidação de legislações sobre os direitos do consumidor na comunidade internacional³³: a) segurança física: os produtos devem ser inócuos ou previsíveis; b) promoção e proteção dos interesses econômicos: as políticas dos Estados devem favorecer o máximo benefício possível para os consumidores; c) normas de segurança e qualidade: devem ter a publicidade adequada e atualizada; d) medidas de compensação, medidas legais e administrativas para obter compensações e soluções de controvérsias; e e) programas de educação e informação: para que sejam disseminados e conhecidos os direitos dos consumidores.

A preocupação dos países e organismos internacionais que ocorreu com os consumidores a partir da segunda metade do século XX se deu em razão da constatação de que a fragilidade do consumidor aumentou na mesma proporção do processo de industrialização e informatização ocorrido nas últimas décadas. Isso porque o consumidor deixou de ser considerado como um indivíduo de direitos, passando a significar apenas um “número” no processo de circulação de bens, já que, diariamente, surgem novas técnicas e procedimentos abusivos de produtos e serviços. Junto com a evolução dos produtos e serviços, tornou-se também cada vez mais comum,

infelizmente, a publicidade enganosa; a utilização de contratos de adesão com cláusulas abusivas; a comercialização de produtos e serviços com vícios e defeitos que, muitas vezes, chegam a ser impróprios aos fins que se destinam. Na era digital, onde muitas relações ocorrem mediante de comércio eletrônico, as relações de consumo tornaram-se tão complexas que o ordenamento jurídico até então existente não se mostrou suficiente para a resolução dos conflitos oriundos das relações de consumo, ainda mais considerando a “fragilidade” do consumidor, que, por ser muito evidente, fez com que Henry Ford, conhecido por criar e estabelecer a produção em série, justamente o que contribuiu para a nova era do consumo, afirmasse o seguinte: “o consumidor é o elo mais fraco da economia e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.³⁴

Diante disso, os avanços do tema partiram da clara conclusão de que o consumidor era vulnerável, sendo que este cada vez mais se enfraquecia na sua esfera individual, o que tornava indispensável a interferência do Estado para equilibrar as relações de consumo. Ao mesmo tempo em que o Estado deveria proteger o consumidor, parte vulnerável, deveria também preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico, o qual deveria ser estimulado e fomentado. A solução mediadora adotada, nas palavras do jurista Sálvio de Figueiredo Teixeira, conferiu ao direito do consumidor um caráter de intervenção estatal no mercado, presente tanto nos países de *Common Law* quanto de *Civil Law*, a exemplo do que ocorre na Europa Continental e no Brasil. Com o escopo de proteger o mais fraco nas relações econômicas e jurídicas e permitir o acesso à justiça para a resolução dos conflitos advindos das relações de consumo, o Direito do Consumidor, de uma forma geral, bifurcou-se em normas de direito material e normas de direito processual, tanto para equilibrar o vínculo entre as partes como para moldar os institutos processuais à defesa individual e coletiva dos direitos dos consumidores.³⁵

No Brasil, indubitavelmente, a maior contribuição adveio com a promulgação, em 05 de outubro de 1988, da Constituição da República, a qual traz quatro referências específicas sobre o tema. A Constituição brasileira de 1988, acolhendo a orientação da ONU, define entre os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão a defesa do consumidor. Importante destacar que a Constituição vai além de simplesmente estabelecer que o direito do consumidor deva ser garantido, uma vez que impõe expressamente ao próprio Estado a sua promoção, conforme o seu art. 5º, XXXII, bem como determina, ainda, ao Congresso Nacional que, no prazo de 120 dias a contar da promulgação

da Constituição, elaborasse o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal de 1988³⁶).

Além disso, a Constituição Federal estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica a defesa do consumidor, conforme o seu art. 170. Em outra passagem, é atribuída a competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). Logo, determina a Constituição Federal que a proteção do consumidor e a defesa de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado assumiu, destacando-se que esse compromisso está positivado no ordenamento jurídico, sendo que o relevo indiscutível desse compromisso estatal se acentua quando se tem presente que a Assembleia Nacional Constituinte elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe também a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica e jurídica (art. 170, V). Por último, ainda sob a perspectiva constitucional, a dignidade da pessoa humana, que também está reconhecida na Constituição Federal (art. 1º, III), justifica e legitima a proteção da pessoa humana no mercado de consumo, devendo, assim, ser considerada a proteção do consumidor como parte da tutela mais ampla que é a da personalidade humana.³⁷

Além da promulgação da Constituição Federal em 1988, o outro passo fundamental para a consolidação dos direitos dos consumidores foi a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o qual foi promulgado através da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. É verdade que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado com quase dois anos de atraso do que o previsto pelo legislador constituinte, mas a sua importância e adequação a realidade social brasileira é inegável.

Destaca-se que, apesar de ter sido aprovada na forma de lei ordinária, o Código de Defesa do Consumidor é realmente um código na concepção de seu sentido, ou seja, significa um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, com base em uma ideia básica, sendo que no caso em específico a ideia básica é a proteção de um grupo específico, os consumidores. Como se isso não bastasse, o Código de Defesa do Consumidor possui nítidas características de um código, já que estrutura e organiza as normas de proteção do consumidor em um sistema explicitado no seu art. 4º, dando a este direito fundamental um caráter de coerência e homogeneidade, possuindo, ainda, autonomia.³⁸ O fato de ter sido aprovado como lei ordinária não o tira a característica de

código, característica essa que, aliás, foi prevista pela própria Constituição Federal, pois o Código de Defesa do Consumidor apenas foi aprovado como lei ordinária por razões de estratégia legislativa, sendo um ato meramente circunstancial, tendo em vista que na tramitação do projeto do código, o *lobby* dos empresários atrapalhou e tentou impedir a votação, sustentando para tanto que, por se tratar de um Código, seria necessário respeitar um procedimento legislativo extremamente formal e demorado, o que retardaria em muito a aprovação do código, além de gerar uma série de obstáculos para a sua aprovação. Assim, a sua promulgação como lei ordinária, nada mais foi de que a forma encontrada para viabilizar o Código de Defesa do Consumidor.³⁹

Através da atividade legislativa, tentou o Estado brasileiro erguer o consumidor e colocá-lo em condições de igualdade ao fornecedor a fim de que fosse alcançado e efetivado o dogma constitucional de igualdade previsto no art. 5º da Constituição Federal. O objetivo principal do Código de Defesa do Consumidor é propiciar, em termos materiais, a isonomia, já que, constatada a inferioridade do consumidor frente ao fornecedor, nada mais natural e lógico que o Estado, através de legislação própria, ofereça ao pólo vulnerável dessa relação mecanismos para a sua proteção.⁴⁰

O Código de Defesa do Consumidor é uma das mais rígidas e completas leis protetivas existentes no mundo, sendo que introduziu muitos avanços no ordenamento jurídico brasileiro, estando entre os principais, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado e o estabelecimento de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto por diversos órgãos judiciais e administrativos. Além do Código de Defesa do Consumidor apresentar o conceito e direitos básicos do consumidor, também apresenta dispositivos que visam concretizar a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, de acordo com o disposto no art. 6º, VI.⁴¹

No campo filosófico, como leciona Nelson Nery Junior, o Código de Defesa do Consumidor representou tentativa de mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, seja o fornecedor, que passou a ser desestimulado do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, seja o consumidor, que não deve se aproveitar do regime do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos. De igual forma, o próprio magistrado que julga demanda que envolve relação de consumo fica impedido de decidir com base nos princípios individualistas do liberalismo do começo do século XIX, cabendo ao mesmo julgar de acordo

com os modernos princípios de direito do consumidor, que estão calcados no equilíbrio real das relações de consumo, boa-fé objetiva e equidade.⁴²

O fato é que o Código de Defesa do Consumidor representou efetivo avanço para a proteção do consumidor, destacando-se que a sua sistemática foi bem introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de conhecimento de toda a sociedade, cumprindo, mesmo que ainda não seja de forma plena, a sua função social de harmonizar a relação de consumo.

Isso porque o legislador brasileiro, ao promulgar o Código de Defesa do Consumidor, disponibilizou à população mecanismos que facilitam a proteção e defesa dos consumidores, os quais possuem as tutelas jurisdicionais e administrativas. Dessa forma, pode o consumidor lesado apresentar reclamação junto a vários órgãos que atuam legitimamente na defesa dos consumidores, onde cada órgão, conforme a sua atribuição, jurisdição e competência, atuará para o fim específico disciplinado no art. 5º, XXXII da Constituição Federal.⁴³ Portanto, o Código de Defesa do Consumidor foi a expressão máxima da tentativa de dar efetividade ao direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII, sendo que negar a aplicação do Código consumerista é, em última análise, negar a aplicação do preceito constitucional.

3.2 Da matéria de ordem pública e do dever de julgamento de ofício

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor se estabelece como princípio de ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus limites e comandos imperativos, cabendo ao magistrado, diante do caso em concreto, aplicar as regras *ex officio*, ou seja, independentemente dos requerimentos das partes.⁴⁴

O caráter de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor determina, na verdade, o seu caráter de lei cogente, que resulta da realização do direito fundamental do consumidor, que é um direito especial que se origina da norma consagradora do direito fundamental. O conteúdo do conceito jurídico de ordem pública vai estar vinculado aos princípios superiores que dão forma e substância ao ordenamento, ou seja, são o núcleo de interesses essenciais de uma ordem pública, que encerram uma série de elementos políticos e sociais. Logo, o fato de possuir caráter de ordem pública, atribui ao Código de Defesa do Consumidor hierarquia em relação a várias outras legislações quando configurado eventual conflito de leis. Exemplo disso é o conflito entre disposições do Código de Defesa do Consumidor e tratados internacionais incorporados no

direito pátrio com hierarquia de lei, quando prevalece a legislação consumerista.⁴⁵

Sendo as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor consideradas de ordem pública e de interesse social (já no seu art. 1º) as mesmas tornam-se inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo. As normas do Código de Defesa do Consumidor, justamente por serem de ordem pública, representam valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, sendo normas de direito privado, entretanto, com interesse público, razão pela qual são indisponíveis e inafastáveis através de contratos, interessando, sem dúvida, mais à sociedade que aos particulares da relação de consumo específica.⁴⁶

Nesse contexto, não faz sentido a Súmula 381, sendo que, por isso, a decisão proferida no autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 é insustentável. Também não se mantém o argumento, encontrado em decisões que fundamentaram a Súmula 381, de que o juiz deve ser neutro (como destacou o ilustre M. João Otávio de Noronha no RESP 1061530-RS), não devendo advogar para nenhuma das partes. Essa alegação não faz sentido, pois declarar a abusividade de uma cláusula abusiva não é sinônimo de imparcialidade, muito pelo contrário, significa que o juiz interveio em nome da sociedade. Ademais, não se concorda com a ponderação de que ao Juiz cabe “distanciamento” ou “neutralidade”, pois na relação consumerista, conforme preconiza o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição, cabe ao Juiz sim proteger o consumidor na forma da lei, sendo uma delas declarando de ofício a abusividade das cláusulas contratuais, até porque o consumidor é hipossuficiente, ressaltando-se que, além disso, quando declara essa abusividade o Juiz não faz apenas no interesse do consumidor do caso concreto, mas no interesse da coletividade, o que justifica a medida.

A proteção da defesa do consumidor é um direito fundamental elencado no art. 5º da Constituição Federal, sendo que é dever do Estado agir positivamente para implementar estes direitos. Quando o Juiz ou o Tribunal deixa de conhecer de ofício uma cláusula abusiva de um contrato de consumo em nome da “imparcialidade” e para evitar “surpresas”, remonta à época do Estado Liberal, que pode ser caracterizado como o Estado que não é intervencionista e não age contra as desigualdades, deixando livremente que as partes se relacionem por suas iniciativas individuais, limitando-se o Estado liberal tão-somente ao exercício das funções básicas como defesa da ordem e da segurança pública.⁴⁷

Atualmente, no âmbito do direito privado, o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa

moderna limitação se dá principalmente a partir da concretização dos direitos fundamentais, abandonando-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade, relativando-se a tutela da autonomia da vontade. É o primado do homem sobre as coisas.⁴⁸

Não pode o Judiciário se omitir de sua missão constitucional, sendo uma delas a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, todas as normas constitucionais são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Dessa forma, incumbe aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair dos direitos fundamentais a maior eficácia possível, dando aos mesmos efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais. Assim, os direitos fundamentais, entre eles a proteção do consumidor, possuem, relativamente às demais normas constitucionais e ao resto do ordenamento jurídico (como as regras processuais), maior aplicabilidade e eficácia. Negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada seria o mesmo que negar a sua fundamentalidade.⁴⁹

Ainda, poderia se argumentar em favor da decisão proferida no AgRg no Recurso Especial nº 919.189 e da Súmula 381 do STJ, que o Tribunal não estaria se negando a reconhecer um direito, mas apenas que não o reconheceria naquele feito em razão da inexistência de pedido, podendo o consumidor ingressar com nova demanda para ter o seu direito reconhecido. Porém, esse argumento não tem sentido e lógica, pois existe o dever do Tribunal, segundo o ordenamento constitucional e disposições do Código de Defesa do Consumidor, de conhecer de ofício as cláusulas abusivas.

Ademais, sustentar a possibilidade do ingresso de nova demanda fere a lógica econômica. Ora, aqui se faz necessária a análise econômica do direito. Segundo Robert Cooter, inegavelmente, a análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão e, assim, soluções para ambos. A economia ajuda a perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente interessante e, até mesmo, necessária para os operadores do direito. Geralmente, as leis são concebidas e interpretadas apenas como ferramentas para a busca da justiça. Porém, as leis são muito mais que isso, pois funcionam como verdadeiros incentivos para mudar os comportamentos (como preços implícitos) e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição).⁵⁰ Logo, seguindo essa linha, deixar de reconhecer a abusividade de uma cláusula de um contrato de adesão, incentivará apenas aquele que lesa o consumidor e a sociedade, beneficiando o forte e aquele que lesiona o consumidor, em detrimento da boa-fé e dos interesses da sociedade, não sendo sequer plausível exigir que o consumidor

ingresse com nova demanda, sabendo-se de todos os seus custos e dificuldades, quando o Tribunal já poderia trazer esse benefício para a parte, que, sob a perspectiva econômica, também se torna a opção mais viável.

Um sistema jurídico é eficiente quando contém regras que, ao disporem sobre efeitos das relações entre pessoas, estimula a redução dos custos de transação de uma forma geral. Para que esse conceito prevaleça, torna-se fundamental adotar a concepção que o direito é um sistema aberto, ciência social aplicada que recebe contribuições de outras áreas, no caso, a economia. Portanto, não há sentido para que a eficiência econômica não seja contemplada e implementada no ordenamento jurídicos.⁵¹ A declaração de abusividade de uma cláusula abusiva em contrato bancário, sem dúvidas, tornar-se-á eficiente do ponto de vista econômico, pois desestimulará a instituição bancária a manter a referida cláusula em seus contratos, o que redundará em benefício econômico para todas as partes, inclusive ao Banco que terá o número de demandas contra si reduzido em face da retirada de seus contratos de cláusulas abusivas.

Assim, não há razão para o poder Judiciário deixar de cumprir o ordenamento constitucional. Conforme leciona o professor Paulo Caliendo, as normas constitucionais são comandos normativos e não peças de literatura.⁵² O constituinte deixou claro a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.⁵³

O Estado brasileiro já tem um histórico de não efetivação dos direitos fundamentais. De igual forma, o Poder Judiciário, na maioria dos casos, tem adotado uma postura abstencionista no que diz respeito às questões políticas, limitando-se, no que tange aos direitos fundamentais, ao controle de constitucionalidade (apesar de cada vez mais proferir decisões pela aplicação imediata dos direitos fundamentais, mas ainda em proporção reduzida). Logo, ainda existe um claro divórcio entre a Constituição formal e a real.⁵⁴ Porém, pior do que se abster, é declarar, como fez com a Súmula 381, que deixará de aplicar uma garantia constitucional, que no caso é a defesa do consumidor, ressaltando que o Poder Judiciário, através do Superior Tribunal de Justiça, não tem essa prerrogativa.

Também não é crível que o Poder Judiciário deixe de declarar a abusividade das cláusulas contratuais em função do respeito à “igualdade” entre as partes e, portanto, o respeito à “imparcialidade”. Numa relação de consumo, as partes não são iguais, sendo exatamente essa a justificativa para a intervenção do Poder Judiciário em benefício do consumidor.

Conforme ilustra o professor Adalberto Pasqualotto, ao contrário do que possa parecer, por se tratar de um direito protetivo, a defesa do consumidor não contraria o princípio da igualdade, mas, ao revés, é justamente o meio de realizá-lo.⁵⁵

Portanto, as cláusulas de contratos bancários que forem abusivas devem sim ser declaradas, de ofício, nulas pelo juiz ou Tribunal, efetivando-se, dessa forma, o preceito constitucional de proteção de defesa do consumidor, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, sendo que essa conduta não importará em ofensa a qualquer garantia processual.⁵⁶

3.3 A Súmula 381 como retrocesso no direito do consumidor

Conforme análise da jurisprudência, até a Súmula 381 do STJ, os Tribunais Estaduais, assim como o próprio STJ, estavam revisando de ofício as cláusulas contratuais abusivas, enfatizando-se essa possibilidade. Para tanto, exemplificativamente, basta analisar a própria ementa da decisão recorrida nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189 (que está reproduzida no acórdão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189):

CONTRATO BANCÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. TAXA DE JUROS. LIMITAÇÃO. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COBRANÇA. ADMISSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA DE ERRO NO PAGAMENTO. DESNECESSIDADE. CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO BEM NA POSSE DO ARRENDATÁRIO. I – O reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais, com base no Código de Defesa do Consumidor, não caracteriza julgamento *extra petita*.

O fundamento dessa decisão, proferida monocraticamente pelo Ministro Castro Filho, assim como vinha se posicionando a jurisprudência até então, foi no sentido de que o julgamento não seria *ultra petita* em razão do Código de Defesa do Consumidor ser diploma de ordem pública, o que permitiria o reconhecimento de cláusulas abusivas, nulas de pleno direito, a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo, ainda, o juiz ou Tribunal pronunciá-las de ofício, pois insuscetíveis de preclusão. Esse entendimento é louvável e representava o posicionamento da jurisprudência até então. Prova disso é o próprio acórdão estadual recorrido (apelação cível nº 70015790835 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), que também se posicionou na mesma linha.

Ocorre que com a edição da Súmula 381, inevitavelmente, 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.

Então, o Poder Judiciário acabou por restringir a possibilidade de defesa do consumidor, o que culminou com o retrocesso do seu direito fundamental à defesa previsto no art. 5, XXXII da Constituição Federal. Porém, a indagação que se faz é a seguinte: poderia o Estado, mesmo que através do Judiciário, retroceder o âmbito de aplicação de um direito fundamental?

A resposta é negativa. É vedado o retrocesso, pois a Constituição Federal, ainda que implicitamente, veda a supressão ou a redução de direitos fundamentais a níveis inferiores aos já alcançados e garantidos aos brasileiros. Conforme leciona o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de retrocesso também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais, estando estes direitos protegidos efetivamente não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador e os outros órgãos estatais, já que tanto medidas administrativas como decisões jurisdicionais podem confrontar a segurança jurídica e a proteção de confiança. Logo, os poderes públicos, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e efetivação dos direitos fundamentais, não podem, em qualquer hipótese, suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental.⁵⁷

Destaca-se que essa não é uma construção brasileira e também está presente na doutrina internacional. Aliás, tanto a defesa do consumidor como a vedação do retrocesso foram princípios antes verificados na doutrina internacional e, após, seguidos pelo Brasil de forma salutar.

Diante disso, uma vez positivada pelo constituinte a determinação de defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII), bem como a edição da lei do Código de Defesa do Consumidor, que foi expressa ao prever que se trata de uma norma de ordem pública e interesse social (art. 1º da Lei 8.078/1990), não há outra conclusão a não ser de que o Juiz ou Tribunal deve conhecer de ofício cláusulas abusivas em todos os tipos de contratos que envolvam relações de consumo, a fim de dar efetividade ao direito fundamental de defesa do consumidor, destacando-se, ainda, que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito (art. 51).

A proteção e a defesa do consumidor devem ser interpretadas não apenas de uma legislação, mas de todas aquelas que lhe tragam benefício, ocorrendo verdadeiro diálogo das fontes. Esse diálogo das fontes, no que tange ao direito do consumidor, permite assegurar à pessoa humana, consumidora e leiga uma tutela digna e especial, conforme os princípios constitucionais e, até mesmo, os tratados internacionais,⁵⁸ não podendo o Estado brasileiro, mesmo que via poder Judiciário, ignorar essa proteção especial dada aos consumidores, que, aliás, foi opção do legislador constituinte.

Então, não pode o Poder Judiciário editar súmula contra texto expresso de lei, invadindo a esfera constitucional e limitando um direito fundamental do consumidor, o que também é vedado pelo princípio de não retrocesso. Importante frisar que aqui não se está discutindo apenas uma simples decisão judicial, pois sabe-se que a jurisprudência é dinâmica e pode acabar alterada, mas sim uma súmula que vincula os Tribunais de todo o país e prejudica todos os consumidores do Brasil, que ficam com a sua defesa enfraquecida, ao contrário do que determina a Constituição Federal.

Assim, é vedado esse retrocesso formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da Súmula 381, o qual é confirmado exemplificativamente pela decisão proferida nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, sendo que essa conduta é extremamente lesiva, pois favorece os Bancos e prejudica justamente o consumidor, vulnerável e enfraquecido perante o fornecedor, que deixou de agir de boa-fé, pois, sabidamente, uma cláusula abusiva jamais terá sido elaborado com boa-fé.

Logo, a Súmula 381 padece de todos os vícios possíveis, representando verdadeiro retrocesso no direito consumidor, o que é vedado pelo princípio da proibição de retrocesso, além de afrontar, inclusive, o equilíbrio dos três poderes, pois o Superior Tribunal de Justiça editou súmula que vai de encontro à opção do legislador, que foi defender o direito do consumidor e exigir que o juiz ou Tribunal declare de ofício e qualquer momento a nulidade de cláusulas abusivas, ainda que em contratos bancários que tenham consumidores como contratantes, justamente o que o Superior Tribunal de Justiça está impedido com a Súmula 381 e ocorreu na decisão do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, o que é uma lástima.

4 CONCLUSÃO

De imediato, conclui-se que a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça é um retrocesso no direito brasileiro, o que é vedado pelo princípio da proibição de retrocesso, em especial para o direito do consumidor,

sendo “ilegal”, uma vez que afronta tanto o Código de Defesa do Consumidor como a Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça foi além da sua competência ao editar a Súmula 381, sustentando para tanto regras de cunho processual. Conforme amplamente demonstrado, a declaração pelo juiz ou Tribunal de cláusula abusiva em contrários bancários que tenham como contratante o consumidor, não afronta qualquer princípio processual, ainda que de cunho constitucional. O devido processo legal é respeitado, assim como são garantidos o contraditório e a ampla defesa. Ademais, ao contrário do fundamentado, também não se constitui em decisão *exta petita* ou que afronta o princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”. Portanto, infundadas as justificativas do Superior Tribunal da Justiça, intitulado de tribunal da cidadania.

A decisão proferida nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189, consubstanciada na Súmula 381, está errada, causando verdadeiro prejuízo ao consumidor e à sociedade (entenda-se aqui a coletividade de consumidores), beneficiando os mais fortes (instituições bancárias) em detrimento dos mais fracos (consumidores), justamente os que deveriam ser defendidos pelo Estado, o qual elencou essa defesa como direito fundamental.

Diante disso, apesar do seu processo formal ter sido legal, pode-se afirmar que a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça é ilegal e, até mesmo, inconstitucional, uma vez que é cabível sim ao juiz ou Tribunal, de ofício e em qualquer grau, reconhecer a abusividade de cláusula de contratos bancários em que são contratantes os consumidores, conforme art. 5º, XXXII da Constituição Federal e arts. 1º, 4º, I, 6º, IV e 51 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que tal conduta não afronta qualquer garantia processual, mas sim fortalece o ordenamento jurídico e é medida concreta para a efetivação do direito fundamental de defesa do consumidor. Nesse contexto, cabe à doutrina e a jurisprudência a luta contra a Súmula 381, a qual deve ser suprimida do nosso ordenamento jurídico o quanto antes, considerando os prejuízos que traz à nação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMAYA, Jorge Alejandro. *Mecanismos constitucionales de proteccion al consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- ASSIS, Araken de (Org.) et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- _____. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, tomo I: Processo de conhecimento convencional e eletrônico.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito provado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MACEDO, Elaine Harzeheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MESQUITA, Gil Ferreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face o princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MITIDIEIRO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTTA, Cristina Reindolff da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 261-278.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, 1992.
- _____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 66-100, out./dez. 2009.
- PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático e direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O provimento jurisdicional e a garantia do contraditório. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77-95.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 22, p. 427-456, set. 2002.
- TESHEINER, José Maria. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/images/stories/ObrasDownload/elementos.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.
- TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010.

NOTAS

- Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...).¹
- Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779>. Acesso em: 11 maio 2012.
- Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91779>. Acesso em: 11 maio 2012.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 541153-RS. Relator Ministro Cesar Afonso Rocha. Brasília, DF, 08 de junho de 2005. DJ, Brasília, DF, p. 189, 14 set. 2005.
- Conforme consta no voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 919.189.
- De acordo com o que consta no voto do Ministro Carlos Fernando Mathias nos autos do AGRESP 1006105-RS.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5, XXXII: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

- ⁸ Art. 5, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
- ⁹ Conforme NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.
- ¹⁰ De acordo com MOTTA, Cristina Reindolff da. Due Process of Law. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 263.
- ¹¹ Conforme MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 252.
- ¹² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122.
- ¹³ DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*, v. 1, tomo I: Processo de conhecimento convencional e eletrônico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.
- ¹⁴ Conforme PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 277.
- ¹⁵ Conforme MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223.
- ¹⁶ Conforme MESQUITA, Gil Ferreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 132.
- ¹⁷ De acordo com PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.
- ¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144.
- ¹⁹ Conforme THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken de (Org.) et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 271.
- ²⁰ MITIDIEIRO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.
- ²¹ Conforme PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 125.
- ²² Conforme MESQUITA, Gil Ferreira de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 186.
- ²³ De acordo com MACEDO, Elaine Harzeheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 279.
- ²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 393.
- ²⁵ Conforme ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95.
- ²⁶ TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010. p. 58.
- ²⁷ Conforme ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.
- ²⁸ Conforme BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.
- ²⁹ Conforme MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.
- ³⁰ Conforme NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.
- ³¹ Conforme BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.
- ³² Conforme AMAYA, Jorge Alejandro. *Mecanismos constitucionales de protección al consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 34.
- ³³ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 31.
- ³⁴ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 26.
- ³⁵ Conforme TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 22, p. 427-456, set. 2002. p. 429.
- ³⁶ Conforme DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004. p. 61.
- ³⁷ Conforme BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 36.
- ³⁸ Conforme MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.
- ³⁹ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8.
- ⁴⁰ Conforme NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.
- ⁴¹ Conforme DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004. p. 65.
- ⁴² Conforme NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, 1992. p. 49.
- ⁴³ Conforme DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 50, p. 58-70, abr./jun. 2004. p. 66.
- ⁴⁴ Conforme NUNES, Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 86.
- ⁴⁵ Conforme MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.
- ⁴⁶ TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010. p. 65.
- ⁴⁷ Conforme PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático e direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.
- ⁴⁸ Conforme FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.
- ⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 272.
- ⁵⁰ Conforme COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 33.
- ⁵¹ Conforme SZTAIN, Rachel. Direito e Economia. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 144, p. 221-236, out./dez. 2006. p. 233.
- ⁵² SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 169.
- ⁵³ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.
- ⁵⁴ MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face o princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 34.
- ⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 66-100, out./dez. 2009. p. 71.
- ⁵⁶ Conforme TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 73, p. 51-77, jan./mar. 2010. p. 75.
- ⁵⁷ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 448.
- ⁵⁸ Conforme MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.