

## A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA EFETIVIDADE DIANTE DE EMPECILHOS JURISPRUDENCIAIS: O ENUNCIADO 381 DO STJ

ANTÔNIO CARLOS EFING<sup>1</sup>  
FERNANDA MARA GIBRAN<sup>2</sup>  
FLÁVIA NOEMBERG LAZZARI BLAUTH<sup>3</sup>

RESUMO: A Constituição de 1988 determina, no rol de direitos e garantias fundamentais, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Questionando-se a respeito da efetividade do direito fundamental à proteção jurídica do consumidor, indaga-se sobre a função da Lei nº 8.078/1990 enquanto ato normativo que traçou os parâmetros para a promoção da defesa do consumidor e que, nesta medida, também atende ao princípio fundamental da dignidade humana, opondo-se à reificação do consumidor ao oferecer instrumentos protetivos visando ao reequilíbrio das relações de consumo. Observa-se, no entanto, que a efetividade do direito fundamental à defesa do consumidor pode ser obstaculizada – ao invés de promovida – pela atuação do Judiciário, em especial diante de interpretações que não levam em seus fundamentos a atenção ao espírito do Código de Defesa do Consumidor, sendo objeto de análise o Enunciado 381 do STJ. Por fim, confrontam-se tais empecilhos com a teoria da legislação simbólica, concluindo-se pela importância da adequada interpretação e aplicação do direito vigente, sob pena de afronta à ordem constitucional de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade dos Direitos Fundamentais; Defesa do Consumidor; Acesso à Justiça; Jurisprudência; Legislação Simbólica.

ABSTRACT: Brazil's Constitution of 1988 determines, among the fundamental rights and guarantees, that the State shall promote, according to law, consumer's protection. Concerning the effectiveness of the fundamental right to consumer's legal protection, this article questions the function of law nº 8,078/1990 as the normative act that gave the parameters for the promotion of consumer protection and that, to this extent, also meets the

---

*Artigo recebido em 15.08.2011. Pareceres emitidos em 2.10.2011 e 14.11.2011.*

*Artigo aceito para publicação em 20.12.2011.*

<sup>1</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Professor Titular do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba). [ace@eradv.com.br](mailto:ace@eradv.com.br)

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba). Bolsista Capes. [fmg@eradv.com.br](mailto:fmg@eradv.com.br)

<sup>3</sup> Especializanda em Direito Civil e Processual pelo Centro Universitário Curitiba (Paraná). [fnl@eradv.com.br](mailto:fnl@eradv.com.br)

fundamental principle of human dignity, opposing consumer's reification while it provides protective instruments aimed at rebalancing consumer relations. It must be noted, however, that the effectiveness of the fundamental right of consumer protection can be obstaculized – rather than promoted – by the Judiciary, in particular regarding interpretations that aren't based on the Consumer Protection Code's essence, taking as an object of analysis to this matter the *stare decisis* 381. Finally, such obstacles are confronted with the theory of symbolic legislation, concluding about the importance of proper interpretation and application of law, under penalty of affronting the 1988's constitutional order.

KEYWORDS: Fundamental Rights Effectiveness; Consumer Protection; Access to Justice; Case Law; Symbolic Legislation.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Proteção Jurídica do Consumidor enquanto Direito Fundamental; 2. A Efetividade da Proteção Jurídica do Consumidor e Empecilhos Jurisprudenciais: o Enunciado 381 do STJ; 3. Das Legislações Simbólicas e do Acesso à Justiça; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Consumer Legal Protection as a Fundamental Right; 2. The Effectiveness of Consumer Legal Protection and Judicial Hindrances: Brazilian Superior Court of Justice's provision nº 381; 3. On Symbolic Statutes and Access to Justice; Conclusion; Bibliographical References.

## INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor está prevista na Constituição da República de 1988 no inciso XXXII do art. 5º, que determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Arrolada junto a outros direitos fundamentais sob o Título II – Dos Direitos e garantias fundamentais, cabe considerar em que medida é possível afirmar que a proteção jurídica do consumidor é um direito fundamental, e qual importância deve ser dada ao Código de Defesa do Consumidor neste contexto. E em sendo direito fundamental, reflete-se a respeito de como devem ser enfrentadas interpretações jurisprudenciais que terminam por afastar sua aplicação com toda a força que cabe a um direito fundamental na ordem constitucional de 1988.

Primeiramente, no estudo da proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental verificam-se suas projeções com os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente a dignidade humana. Observa-se na base principiológica do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo amparo para a compreensão de que o tratamento do ser humano como objeto – ou mercadoria – está na antítese da dignidade humana, elemento que deve ser levando em conta na correta interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor como ato normativo que dá cumprimento imediato ao direito fundamental à proteção jurídica do consumidor.

Em um segundo momento, detém-se na análise crítica do Enunciado 381, da súmula do STJ, a fim de se ponderar a respeito da possibilidade de que interpretações jurisprudenciais que não são coerentes com o espírito do Código de Defesa do Consumidor contrariem – pelas mãos do próprio Judiciário – o direito fundamental à proteção do consumidor.

Essa ponderação leva, então, ao terceiro momento, de reflexão a respeito da atrofia das funções normativas do Código de Defesa do Consumidor em função de empecilhos jurisprudenciais, e como tal, coloque-se gradativamente em ameaça a efetividade do direito fundamental à proteção jurídica do consumidor, e, por via reflexa, o respeito à ordem constitucional.

## **1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 normatizou a proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental, enunciando no inciso XXXII do art. 5º que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Além de direito fundamental, a defesa do consumidor foi também disciplinada pela Constituição de 1988 como princípio geral da atividade econômica, orientando a ordem econômica e financeira ao lado de princípios como a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, da Constituição de 1988), visando a assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

A fim de promover a pronta concretização deste direito-princípio o Constituinte Originário determinou, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que em cento e vinte dias da promulgação da Constituição o Congresso Nacional deveria elaborar código de defesa do consumidor, mandamento que se cumpriu – conquanto que fora do prazo estipulado – na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é, portanto, ato normativo que deu cumprimento imediato ao mandamento constitucional que vincula o Estado à promoção, *na forma da lei*, da defesa do consumidor. No entanto, serve ao mesmo tempo de instrumento legislativo para a promoção de uma série de valores constitucionais contidos e projetados no preceito da proteção jurídica do consumidor.

Veja-se que estão na essência ou na tangente da proteção jurídica do consumidor outros valores constitucionais como a proteção do cidadão em sua dignidade (liberdade, integridade, etc.) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inclusive em termos de ordem econômica e exercício da livre iniciativa dos fornecedores). Quanto à dignidade humana, não há cidadão que não seja, em alguma medida, consumidor de produtos e serviços no mercado de consumo, assim como é mediante a ordem econômica e financeira (leia-se: um importante, senão principal, aspecto da circulação de riquezas materiais e imateriais na sociedade atual) que se pretende assegurar a todos uma existência digna (novamente dando-se proeminência ao preceito da dignidade humana).

A proteção jurídica do consumidor não é, assim, fruto de excentricidade constitucional ou de uma vitória setorial visando a favorecer um determinado

sujeito econômico, mas vetor inerente aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil enquanto autônomo Estado Democrático de Direito, e também enquanto Estado Social.

Nesta medida, Reich destaca que o direito do consumidor encontra fundamento constitucional na própria cláusula do Estado Social:

*Si es cierto que el derecho del consumidor se anuda a una determinada situación de subordinación estructural no hay duda de que puede encontrar su fundamento constitucional en la cláusula del Estado social de la Ley Fundamental. El Estado social debe intervenir allí donde las situaciones de desigualdad y de desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso de medidas de tipo económico.<sup>4</sup>*

Ainda que se possa alegar a ausência de norma expressa determinando ser a República Federativa do Brasil um Estado Social, a doutrina é abundante em asseverar que o princípio do Estado Social se encontra presente na Constituição de 1988, principalmente perceptível na variedade de princípios e direitos fundamentais sociais nela positivados<sup>5</sup>.

Semelhantemente, Oliveira considera que a tutela constitucional do consumidor liga-se intimamente ao dever e à finalidade do Estado de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”<sup>6</sup>, segundo o objetivo traçado no inciso IV do art. 3º da Constituição.

Já na perspectiva da dignidade humana, Sarlet ressalta que, ainda que não se possa sustentar que necessariamente todos os direitos fundamentais sejam diretamente reconduzíveis ao princípio da dignidade humana, tal princípio pode ser tido como um dos critérios basilares para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Sarlet então conclui que é “possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>7</sup>.

Tendo por base esses elementos, observa-se que a defesa do consumidor não se caracteriza em direito fundamental apenas por localizar-se sob o Título II, “Dos Direitos e garantias fundamentais”, mas, principalmente, porque, por seu conteúdo e importância, preenche a fundamentalidade

---

<sup>4</sup> REICH, Norbert. *Mercado y Derecho: Teoría y praxis del Derecho económico en la República Federal Alemana*. Barcelona: Ariel, 1985. Trad. AntoniFont. p. 175.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 62.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. A Efetividade da Tutela Jurídica do Consumidor através da atuação do Ministério Público. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 376.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 109-111.

material dos direitos fundamentais. Conforme o conceito proposto por Sarlet e baseado em Alexy:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>8</sup>

Observa-se que o direito fundamental à proteção jurídica do consumidor serve à promoção da dignidade humana sob diferentes aspectos, tanto na tutela da vida e da integridade física, existencial e econômica do consumidor quanto na tutela de sua igualdade e liberdade de escolha, procurando o Código de Defesa do Consumidor tutelar a dignidade do consumidor nestas diferentes esferas.

No art. 4º do Código de Defesa do Consumidor enuncia-se que o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo é “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, observados, entre outros, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, o princípio da ação governamental voltada à efetiva proteção do consumidor, o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo de acordo com os princípios da ordem econômica e da boa-fé, o princípio da educação e informação dos fornecedores e consumidores, o princípio do incentivo à criação de meios de controle da qualidade e da segurança dos produtos e serviços, e o princípio da coibição e repressão eficientes dos abusos praticados no mercado de consumo.

Neste rol, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo assume extrema relevância à proteção jurídica da dignidade e da humanidade do consumidor e à adequada compreensão e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Seja destinatário final de produto ou serviço (art. 2º, *caput*, CDC), seja a coletividade que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, CDC), seja a vítima de fato do produto ou serviço (art. 17, CDC) ou pessoa exposta às práticas comerciais e contratuais (art. 29, CDC), todo consumidor é reconhecidamente vulnerável<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 77.

<sup>9</sup> Em que pese o entendimento de Marques, no sentido de que a vulnerabilidade técnica do consumidor profissional não é presumida (MARQUES, Cláudia Lima; *et al. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 76).

Diferentemente da hipossuficiência, que é característica de cunho processual<sup>10</sup> a ser verificada no caso concreto pelo julgador (art. 6º, VII, CDC)<sup>11</sup>, a vulnerabilidade “é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”<sup>12</sup>.

Martins-Costa desde há muito confronta o equívoco de se confundir os termos hipossuficiência e vulnerabilidade, e sobre a vulnerabilidade esclarece:

Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não, é, ao contrário, *vulnerável* no mercado de consumo. Aqui não há valoração do “grau” de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável *tecnicamente*: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a *informação* veiculada sobre o produto ou serviço. Isto porque por mais poderio econômico que tenha um consumidor individualmente considerado, presume-se que o fornecedor detenha, sobre o bem, determinadas informações cuja ciência constitui o seu dever, não o sendo do consumidor. Por esta razão, ele é vulnerável à informação e ao instrumento através da qual esta lhe é em regra fornecida, a *publicidade*. Demais disto, o princípio da vulnerabilidade não se aloca como um “conceito indeterminado”, mas como uma *diretriz* da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, *caput*) de modo que a sua consideração pelo intérprete na análise de qualquer disposição do Código não depende de discricionariedade mas é *vinculativa porque está o mesmo vinculado às finalidades postas na lei* como diretrizes da política nacional para o setor.<sup>13</sup>

Efing e Blauth, após mencionar os diferentes tipos de vulnerabilidade apresentados por Cláudia Lima Marques e por Paulo Valério Dal Pai Moraes,

---

<sup>10</sup> Segundo Miragem, “a hipossuficiência é mais do que a mera ausência de recursos financeiros ou intelectuais. Trata-se, antes de tudo, de uma hipossuficiência processual, caracterizada pela *impossibilidade de produção da prova*, o que pode se dar em razão da carência de recursos financeiros ou de conhecimento técnico, mas igualmente pode resultar das circunstâncias da contratação de consumo, do tipo de prova a ser produzida, do fato de que sua produção dependa do comportamento do fornecedor em fornecê-las e quaisquer outras razões pelas quais não será alcançada sua realização pelo consumidor” (MIRAGEM, Bruno, Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 63, jul./set. 2007. p. 88).

<sup>11</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Vasconcellos e; Nery Júnior, Nelson; *et. al. Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 382.

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina: a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 6, abr./jun. 1993, p. 222-223.

destacam que a vulnerabilidade, embora se expresse em termos de fragilidades de ordem técnica, científica, informacional, jurídica, sócio-econômica, político-legislativa, psíquica ou ambiental, as transcende, e tem como essência a “realidade sistêmica de sujeição do consumidor no mercado de consumo”, expressada na sua comodificação:

A sujeição do consumidor ao mercado de consumo é sistêmica, pois independe de aspectos particulares de um ou outro consumidor – como idade, sexo ou escolaridade – e abrange todos aqueles que se encontram inseridos na sociedade de consumidores. É existencial, porque o pressuposto para o reconhecimento da *existência* enquanto sujeito (em verdade, *mercadoria*) na sociedade de consumidores é o consumo.<sup>14</sup>

Bauman esclarece que a principal característica da sociedade de consumidores é a comodificação, a transformação dos consumidores em mercadorias, sua subjetividade (estado de sujeito) estando vinculada à sua vendabilidade enquanto mercadoria (coisa):

Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as *coisas a serem escolhidas* e *os que as escolhem*; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que a separa de outras espécies de sociedade é exatamente o *embaraço* e, em última instância, a *eliminação* das divisões citadas acima. Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que disfarçada e encoberta – é a *transformação dos consumidores em mercadorias*; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias (...). A tarefa dos consumidores, e o principal motivo que os estimula a se engajar numa incessante atividade de consumo, é sair dessa invisibilidade e imaterialidade cinza e monótona, destacando-se da massa de objetos indistinguíveis...<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> EFING, Antônio Carlos; BLAETH, Flávia Noemberg Lazzari. Analfabetismo Jurídico e Vulnerabilidade: desafios do direito do consumidor na sociedade da informação. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 5512.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 20-21.

Afirmando que “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade”<sup>16</sup>, Bauman esclarece que a existência do sujeito-mercadoria está ligada ao seu engajamento nas insaciáveis práticas de consumo, enquanto forma de promover sua existência. Na sociedade de consumidores o cogito de Descartes é transmutado para “Compro, logo sou...”<sup>17</sup>.

Neste contexto de comodificação, reifica-se o consumidor, sujeitando sua existência e identidade à conformidade com as pressões do mercado de consumo. Tratado como objeto, desconsiderado em sua humanidade, o consumidor – a despeito de idade, poder aquisitivo ou grau de escolaridade – é vulnerado e vulnerável. E como assevera Sarlet: “A concepção de homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana”.<sup>18</sup>

Na percepção da vulnerabilidade (comodificação) do consumidor no mercado de consumo e na necessidade de proteção da dignidade e humanidade dos cidadãos também quando consumidores (uma considerável faceta da existência humana, da vida em comunidade e das relações jurídicas) residem alguns dos elementos basilares do direito fundamental à defesa do consumidor e sua projeção no princípio da dignidade humana. Sarlet explica que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde suas igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>19</sup>

A compreensão destes elementos é essencial à correta interpretação a aplicação do Código de Defesa do Consumidor conforme o seu espírito e seu enraizamento constitucional, devendo ser levados em conta pelos magistrados no julgamento de demandas envolvendo relações de consumo para que se possa dar o devido respeito ao direito fundamental da proteção jurídica do consumidor.

---

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo...* p. 76.

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo...* p. 26.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 104.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 104.

## 2. A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR E EMPECILHOS JURISPRUDENCIAIS: O ENUNCIADO 381 DO STJ

A despeito da importância da proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental, é possível apontar que sua efetividade é condicionada a uma série de fatores, dentre os quais o efetivo acesso à Justiça diante da lesão ou da ameaça de lesão aos direitos do consumidor. Neste contexto, podem servir de empecilhos à proteção jurídica do consumidor interpretações jurisprudenciais que não guardam suficiente consonância com os valores e princípios da proteção ao consumidor vulnerado, como ocorre em relação ao polêmico Enunciado 381 da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Julgado em abril de 2009, o Enunciado 381 do STJ proclama: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Ao estudioso do Direito do Consumidor este enunciado causa estranhamento, visto ser de compreensão unânime que as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), e que as cláusulas abusivas, sendo nulas de pleno direito (art. 51, CDC), devem ser conhecidas de ofício pelo magistrado<sup>20</sup>.

Fredie Didier, em editorial a respeito do tema, afirma que, “não obstante a péssima redação” do Enunciado 381, serve ele para reprimir a prática equivocada de magistrados de violar os princípios do contraditório e da congruência decidindo questões que não consistiam no objeto da lide conforme os pedidos formulados pela parte autora.<sup>21</sup>

Também sob esta perspectiva, Gagliano e Viana entendem que a exata interpretação do Enunciado 381 encontra bases no núcleo principiológico da congruência entre o pedido formulado pelo autor e a sentença proferida pelo magistrado: “Por outras palavras, o julgador deve, sim, conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contratos bancários, desde que, com isto, não profira um julgamento *extra* ou *ultra petita*”.<sup>22</sup>

No entanto, respeitados os princípios do contraditório e da congruência, é preciso levar em conta os outros elementos subjacentes à aprovação do Enunciado 381 do STJ.

---

<sup>20</sup> Inclusive, o § 3º do art. 56 do Decreto nº 2.181/1997 expressamente prevê a declaração de ofício da nulidade das cláusulas abusivas: “§ 3º A apreciação sobre a abusividade de cláusulas contratuais, para fins de sua inclusão no elenco a que se refere o caput deste artigo, se dará de ofício ou por provocação dos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 1990”.

<sup>21</sup> DIDIER, Fredie. *Editorial* 63. 15 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/>. Acesso em: 09 nov. 2010.

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. *É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusula em contrato bancário?* Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <http://pablostolze.ning.com/page/artigos-2>. Acesso em: 09 nov. 2010.

Na ementa do julgado que serviu de precedente ao Enunciado 381, (Resp. nº 1.061.530/RS, sob o procedimento dos recursos repetitivos)<sup>23</sup>, constou:

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO - É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

Em seus votos, os fundamentos utilizados pelos julgadores que entenderam ser incabível o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários foram os mais variados, de natureza jurídica ou não, como o princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* e da imparcialidade do juiz, o ativismo judicial, a suposta disponibilidade dos direitos do consumidor e o aparente conhecimento do consumidor a respeito do conteúdo do contrato, entre outros.

O Ministro João Otávio Noronha ressaltou primeiramente que o juiz deve ser neutro e imparcial e não defender interesse algum no processo, e que nesta ordem de ideias, não haveria como saber se determinada cláusula é abusiva diante do caso concreto se a parte não o alegasse. Noronha concluiu: “oportuno lembrar que, na espécie, estamos tratando de direitos disponíveis e não se pode olvidar que a parte, de regra, sabe o que pode e o que não pode contratar e honrar”.

Já o Ministro Aldir Passarinho Júnior se manifestou em relação ao que lhe parecia um subjetivismo nocivo:

Dizer que o contrato é abusivo, data vênua, não dá direito a que o juiz saia lendo o contrato e fazendo uma interpretação subjetiva do que ele pensa ser ou não abusivo. E o grau de subjetivismo, hoje, é extraordinário. Esse é um grande problema. Por mais boa-vontade que se possa ter na tese, muitos advogados, conscientes de que aquela pretensão nem tem amparo legal, nem a põe na inicial porque sabem que aquilo não irá longe, mas o Tribunal ou, às vezes, o juiz, vão além, em defesa de teses já ultrapassadas no STF e STJ, e aí cria-se um contenciosos que nem foi pretensão da parte autora.

O Ministro Fernando Gonçalves, por sua vez, votou de acordo com entendimento já proferido em outro julgado, no sentido de que o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas em contratos bancários violaria o princípio do *tantum devolutum quantum apelatum* quando a parte interessada não manejou o competente recurso de apelação.

---

<sup>23</sup> REsp. 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, STJ, julgado em 22.10.2008, DJe 10.03.2009.

Em sentido contrário, a Ministra Nancy Andrichi, relatora do Resp. 1.061.530 e voto vencido nesta questão, apontou haver contradição na jurisprudência do STJ ao se conhecer de ofício a abusividade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão (parágrafo único do art. 112, do CPC) porém, negar conhecimento de ofício às cláusulas abusivas nos contratos bancários. As graves consequências desta contradição nos julgamentos seriam a equivocada priorização da norma processual, inviabilizando a aplicação do direito material; o manifesto descumprimento das normas do CDC e do CC/2002 em relação à nulidade; o descrédito do Judiciário; e o prejuízo da celeridade da prestação jurisdicional:

A primeira é a equivocada priorização na norma processual (que exige formulação de pedido expresso) de molde a inviabilizar o conhecimento e a aplicação do direito material (nulificação da cláusula abusiva), exigindo para tanto uma nova movimentação da máquina judiciária com a propositura de outra ação; a segunda é o manifesto descumprimento de regra que disciplina a sanção decorrente da abusividade/nulidade, prevista expressamente no CDC e no ordenamento jurídico complementar (CDC, art. 51, todos os seus incisos cumulado com o CC/02, parágrafo único, do art. 168, que determina ao juiz pronunciar as nulidades provadas, quando conhecer do negócio jurídico ou de seus efeitos); a terceira é o descrédito no Poder Judiciário, que tem a obrigação constitucional de tratar igualmente os consumidores que se encontram em situações idênticas; a quarta é a frustração de toda a operacionalidade do novo instrumento dos processos repetitivos, pois o não reconhecimento de ofício impõe reiteração de ações e recursos, que o art. 543-C visa impedir, prejudicando a almejada celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Em seu voto vencido, a Ministra Nancy Andrichi apontou importantes questões, especialmente o manifesto descumprimento do direito material, a aplicação de direito processual em dissonância com o direito material e o não preenchimento do objetivo de conceder uma tutela jurisdicional célere – e justa.

Inicialmente, embora o legislador processual tenha dado guarida aos princípios da congruência e do *tantum devolutum quantum apelatum* em matéria recursal, a própria legislação processual admite o conhecimento de ofício – a despeito de provocação da parte – de matérias de ordem pública e interesse social, como a nulidade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão (parágrafo único do art. 112, CPC) e a prescrição (art. 219, § 5º, CPC), matérias de direito substancial. A legislação material também expressamente determina o dever do magistrado de extirpar matérias que afrontem a ordem pública e o interesse social, como na nulidade do Código Civil de 2002 (art. 168) e nas convenções que contrariarem preceitos de ordem pública (art. 2.035).

Ressalta-se, portanto, que também foi decisão do legislador – em entendimento aos preceitos do art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição –

determinar que as normas do Código de defesa do consumidor seriam de ordem pública e interesse social e, nesta qualidade, serem conhecidas de ofício pelo julgador. Neste sentido, embora algumas das normas do Código de Defesa do Consumidor sejam dispositivas, este não é o caso do art. 51, a respeito das cláusulas abusivas, sancionadas de nulidade de pleno direito. O ministro Noronha equivocou-se, assim, ao entender que se estava tratando de direitos disponíveis, e que o consumidor – vulnerável no mercado de consumo – é apto a compreender plenamente o que pode ser contratado.

Vale mencionar que as cláusulas abusivas são sancionadas com nulidade, e que a matéria de nulidades, seja no CDC seja no CC/2002, é de ordem pública, visto que a nulidade afronta não interesse meramente privado e individual, mas valores jurídicos a serem defendidos em prol de toda a sociedade. Nery Junior leciona que “no microssistema do CDC, as cláusulas abusivas se encontram sob o regime da nulidade de pleno direito, porque ofendem a ordem econômica de proteção do consumidor”<sup>24</sup>.

De fato, conforme disposto no seu art. 1º as normas do Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública e de interesse social:

Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, no termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

No que diz respeito às normas de ordem pública e interesse social, elas assim foram definidas visto que protegem valores caros à sociedade, ultrapassando a esfera dos interesses particulares de uma ou outra parte, seja consumidor seja instituição financeira fornecedora. Conforme ensina Gusmão, o objeto de tutela das normas de ordem pública é a disciplina das instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, e garantir a segurança das relações jurídicas<sup>25</sup>.

Neste sentido, Delfino esclarece que as normas de ordem pública, imperativas por natureza, preservam pilares essenciais da sociedade:

Ao contrário das chamadas normas dispositivas – que se referem apenas aos interesses dos particulares, subordinando-se à vontade expressa das partes interessadas –, são, portanto, criadas com o intuito de se preservarem pilares essenciais da sociedade, motivo pelo qual aplicam-se obrigatoriamente às relações por elas reguladas, sendo, ainda, inderrogáveis pela vontade dos contratantes.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, nº 3. set./dez. 1992. p. 64.

<sup>25</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 117-118.

<sup>26</sup> DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art.1º do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48. out./dez., 2003. p. 167.

A natureza das normas do CDC enquanto normas cogentes, de ordem pública e interesse social vai, desta forma, além da esfera da liberdade contratual das partes e afeta suas relações processuais, vinculando a atuação do magistrado. Como ensina Rizzatto Nunes:

Na medida em que a Lei nº 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhes as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes.<sup>27</sup>

Ademais, destaca-se que as normas do Código de Defesa do Consumidor não são de ordem pública e interesse social somente porque assim está disposto no seu art. 1º, mas acima de tudo porque de fato são normas que preenchem uma função constitucionalmente determinada. De Paula explica:

O que caracteriza uma legislação como norma de ordem pública e de interesse social, não é, e não pode ser, a declaração contida em seu texto. Pois, se assim fosse, bastaria fazer inserir em seus preceitos esta previsão, para dotar uma regra de qualquer daquelas virtudes. (...) as normas de ordem pública são as chamadas *normas de sobredireito*, que atuam contra outras normas, ainda que da mesma hierarquia, porque o campo de domínio destas regras é derivado de uma ordem que invoca, a um só tempo, as circunstâncias de conteúdo e de forma, para sobrepair sobre a estrutura legal de uma maneira diferenciada. Assim o CDC é não somente uma norma de interesse social, dado àquele falado alcance, como é norma de ordem pública, por refletir também uma exigência constitucional.<sup>28</sup>

Reitera-se que o conhecimento de ofício de matéria de ordem pública (tradição jurídica consolidada) não encontra oposição com os princípios da congruência ou da imparcialidade do juiz. Mesmo ao conhecer de ofício cláusulas abusivas em contratos bancários, pode o magistrado oportunizar à instituição financeira o contraditório, respeitando, assim, o devido processo legal e a neutralidade que lhe cabe, sem, contudo, deixar de aplicar o Código de Defesa do Consumidor adequadamente.

Indo além, não se pode sustentar que em matéria de cláusulas abusivas nos contratos bancários – uma das principais questões levadas à apreciação do Judiciário<sup>29</sup> – seja vedado ao magistrado conhecê-las de

---

<sup>27</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do consumidor*. Direito Material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

<sup>28</sup> DE PAULA, Adriano Perácio. Controvérsias do Processo Civil em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 54. 2005. p. 32-33.

<sup>29</sup> BARBOSA, Cláudia Maria (coord.). Relatório Final da Pesquisa demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução. Projeto causas do progressivo

ofício, ao mesmo tempo em que em outros contratos entre consumidor e fornecedor tal limitação não existe. Não há fundamento jurídico que sustente tratamento desigual entre consumidores em situações idênticas, muito menos restringindo ao consumidor bancário seu direito básico de facilitação da defesa dos seus direitos.

Como bem mencionado pela Ministra Andriahi em seu voto, se o que se pretende é descarregar o Judiciário do excesso de demandas, não o será retirando dos magistrados os deveres inerentes ao exercício da atividade jurisdicional. Não conhecer de ofício de questões simples, envolvendo cláusulas notoriamente tidas por abusivas – e assim pacificado na doutrina e na jurisprudência – exigirá reiteração de demandas desnecessárias. Nesta medida, nem a tão almejada celeridade nem o acesso à Justiça estão sendo promovidos.

Diante de todos estes fundamentos, a conclusão de Trajano é a de que a interpretação adequada do CDC, com base nos princípios do texto constitucional, é o conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários:

Assim, se a lei, de ordem pública e interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o juiz, interpretando adequadamente a lei, tendo como norte os princípios estruturantes do texto constitucional – tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, o espírito republicano, a cidadania, a justiça e a liberdade –, conhecer de ofício a nulidade da respectiva cláusula contratual, protegendo, por consequência, o ente vulnerável, o débil.<sup>30</sup>

Reconhecendo a importância da atuação do Judiciário na efetiva proteção jurídica do consumidor, vulnerável ao mercado de consumo, e na promoção de sua humanidade digna, o Código de Defesa do Consumidor determinou como direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos (art. 6º, VIII). Sem o efetivo acesso à Justiça o direito fundamental à proteção jurídica do consumidor fica sem respaldo na esfera processual.

Verifica-se, conseqüentemente, que a vedação ao conhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários não encontra consonância com o direito fundamental à defesa do consumidor, na forma da lei.

### **3. DAS LEGISLAÇÕES SIMBÓLICAS E DO ACESSO À JUSTIÇA**

Como destacado por Sarlet, embora o preceito do inciso XXXII, art. 5º da Constituição, seja norma definidora de direito fundamental, é também

---

aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a sua solução. PUC e CNJ. Curitiba: 2010.

<sup>30</sup> TRAJANO, Fábio de Souza. A Inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 73, jan./mar. 2010. p. 67.

uma norma-objetivo, posto que definidora de uma finalidade a ser implementada pelo Estado: a defesa do consumidor<sup>31</sup>, na forma da lei.

O respeito ao Código de Defesa do Consumidor (dentre outras normas que instrumentalizam a proteção do consumidor) é, portanto, essencial para que a defesa do consumidor constitucionalmente almejada seja concretizada, contexto em que atuação do Judiciário é de extrema relevância.

Neste âmbito, interpretações jurisprudenciais equivocadas ou que não expressam adequadamente os valores e princípios contidos no CDC, e em última instância no direito fundamental à proteção jurídica do consumidor e na Constituição, terminam por ser empecilhos à efetiva proteção jurídica do consumidor. Não apenas empecilhos, possuem ainda o efeito nefasto de pacificar sem justiça: dão ao consumidor a aparência de que o Estado reconhece seus direitos de proteção, porém o convencem de que o Judiciário não pode conceder seu direito em virtude de complexas e técnicas questões de Direito, que ao cidadão comum não é dado compreender.

A pacificação social pretendida pela Jurisdição é então substituída, não pela pacificação da aplicação do direito e do acesso à ordem jurídica justa<sup>32</sup>, porém pela ilusão de que os direitos do cidadão foram objeto de atenta apreciação pelo julgador, porém encontraram entraves juridicamente legítimos.

Nessa falsa pacificação, encontram-se semelhanças com o que Neves denominou de legislação simbólica. Segundo Neves, simbólica é a legislação em que há hipertrofia das funções políticas em detrimento da função jurídico-normativa, aquietando-se tensões sociais sob a aparência de atuação do Estado, sem, no entanto, haver a necessária aplicabilidade de suas normas.<sup>33</sup>

Exemplo de legislação simbólica é a legislação-álibi, criada somente para dar aos cidadãos a imagem de que o Estado respondeu a um problema social:

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. (...) Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da

---

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 258.

<sup>32</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30-31, 90.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Neste sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas. (...) embora sejam relativizáveis os conceitos de manipulação e de ilusão, é evidente que a legislação-álibi pode induzir 'um sentimento de bem-estar', com isso levar à 'resolução de tensão' e, portanto, servir à lealdade das massas.<sup>34</sup>

Na seara do Direito Ambiental, Wolf Paul já criticou a extensa produção normativa voltada à proteção do meio ambiente, que cria a impressão ao cidadão de que o Estado atua conforme o direito ao meio ambiente equilibrado, porém sem uma intervenção real no sentido de prevenir e reprimir danos:

...em se tratando de intervenção real no sistema vigente da poluição organizada e irresponsável, o objetivo político do Direito Ecológico, assim como a afirmação simbólica de sua proteção normativa, não confirmam seu cumprimento, tampouco a observância real. (...) O interesse ecológico é protegido apenas de maneira simbólica, consoante o Direito Ecológico estatal coloca em cena uma pseudo-realidade. Sua manifestação simbólica (na forma de obras legislativas, declarações de direitos ecológicos constitucionais, instituições, atos administrativos e decisões judiciais) cria a falsa impressão de que existe ativa e completa assistência, bem como prevenção ecológica, por parte do Estado. Com isso produz-se nas massas, simultaneamente, lealdade e confiança no sistema. Os símbolos jurídicos possuem, neste sentido, função manipuladora, uma vez que criam admiração, tranquilidade e ilusões.<sup>35</sup>

Ora, sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado sob mandamento constitucional e que desde sua entrada em vigor, em 1991, tem encontrado aplicabilidade nos tribunais do País, não sendo uma legislação simbólica em sua origem. No entanto, a criação de entraves jurisprudenciais à efetiva aplicação de suas normas (e interpretação e aplicação conforme os valores que alimentam o microssistema de proteção do consumidor) pode gradativamente neutralizar a proteção jurídica do consumidor, abandonando o CDC a uma função simbólica e iludindo o cidadão de que o Estado lhe assegura direitos enquanto consumidor.

Diante da criação de empecilhos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, oportuno é o alerta de Boaventura de Sousa Santos de que a luta democrática pelo direito deve ser pela aplicação do direito vigente:

---

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. p. 39-40.

<sup>35</sup> PAUL, Wolf. A Irresponsabilidade Organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 188.

No nosso país, nos últimos vinte anos, foi promulgada legislação que de modo mais ou menos afoito pretende ir ao encontro dos interesses sociais das classes trabalhadoras e também dos interesses emergentes nos domínios da segurança social e da qualidade de vida, por exemplo, a que são particularmente sensíveis as classes médias. Sucede, porém, que muita dessa legislação tem permanecido letra morta. Pode mesmo avançar-se como hipótese de lei sociológica que quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito.<sup>36</sup>

Na luta pela aplicação do direito vigente, pela proteção jurídica do consumidor e pela proteção de sua humanidade digna, empecilhos como o Enunciado 381 do STJ terminam por extrair do Código de Defesa do Consumidor a plena extensão de sua eficácia e efetividade.

### **CONCLUSÃO**

A defesa do consumidor não é apenas direito fundamental porque está prevista na Constituição de 1988 como tal, mas principalmente porque preenche a fundamentalidade inerente a tais direitos, guardando estreita relação com os princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito e Social instituído pela ordem constitucional, com especial destaque para a dignidade humana. Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor é o ato normativo que deu comprimento imediato ao objetivo de o Estado promover, na forma de lei, a defesa do consumidor, instrumentalizando sua efetividade e concretude.

Na base principiológica do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo permite um importante liame entre a tutela da dignidade humana e o direito à proteção jurídica do consumidor. Isto é, sendo o consumidor sujeitado existencialmente ao mercado de consumo – em que sua existência e subjetividade estão vinculados à sua condição de mercadoria – a reificação, o tratamento do ser humano como objeto, está na antítese da dignidade humana. Nesta medida, a compreensão do direito à proteção jurídica do consumidor perpassa pela promoção da humanidade digna do consumidor e da adoção de instrumentos de defesa que permitam o reequilíbrio das relações de consumo.

Diante deste arcabouço, a efetividade do direito fundamental à defesa do consumidor, na forma da Lei 8.078/1990, depende em grande parte da atuação do Judiciário, dando ao consumidor no caso concreto a defesa prevista em lei. Observou-se, no entanto, que o Enunciado 381 do STJ,

---

<sup>36</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed., São Paulo: Cortez, 2003. p. 178.

ao firmar que ao julgador é vedado conhecer de ofício as cláusulas abusivas nos contratos bancários, não promove a defesa do consumidor na forma da lei, pelo contrário, a contraria.

Sendo a declaração da nulidade das cláusulas abusivas matéria de ordem pública e interesse social, assim valorada em razão de sua importância para o ordenamento jurídico e a sociedade como um todo, a lei material expressamente previu situações em que é dever do magistrado atuar mesmo que não provocado pela parte interessada – visto que, como mencionado, o interesse supera o âmbito da parte. Não há, nestas situações, contrariedade aos princípios processuais, apenas devendo observar-se a necessidade do magistrado oportunizar à instituição financeira o contraditório.

Merecem atenção os fundamentos arrolados pelos julgadores no precedente do Enunciado 381, muitos dos quais não levaram em conta o direito fundamental à defesa do consumidor nem interpretaram a matéria processual de acordo com o microsistema de direito do consumidor e suas especificidades.

Questão subjacente ao Enunciado 381, o enfrentamento da sobrecarga do Judiciário – que é em grande parte devido a matéria concernente aos contratos bancários de consumo – não deve passar por soluções simplistas, que terminam por restringir direitos e, por vezes, exigir a proposituras de novas demandas. O acesso à Justiça há de ser célere, porém igualmente justo.

Por fim, empecilhos jurisprudenciais ao direito à proteção jurídica do consumidor não apenas corroem a efetividade de normas protetivas como afetam, por via reflexa, o respeito à ordem jurídica e constitucional. Reitera-se, como observado, que empecilhos jurisprudenciais como tais geram uma falsa pacificação social – contrária à pacificação almejada pela Jurisdição – posto que dão ao consumidor a impressão de que o não reconhecimento de seu direitos se deu por fundamento jurídico legítimo, que não lhe cabe questionar. Relegadas a uma função simbólica, atrofiam-se as normas de proteção do consumidor.

Neste contexto, conclui-se, como nas palavras de Santos, que a luta democrática deve ser pela aplicação do direito vigente – e sua aplicação conforme seus fundamentos constitucionais.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BARBOSA, Cláudia Maria (coord.). *Relatório Final da Pesquisa Demandas Repetitivas Relativas ao Sistema de Crédito no Brasil e Propostas para sua Solução*. Projeto causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a sua solução. PUC e CNJ. Curitiba: 2010.

- BENJAMIN, Antônio Vasconcellos e; Nery Júnior, Nelson; *et. al. Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48. out./dez., 2003.
- DE PAULA, Adriano Perácio. Controvérsias do Processo Civil em Matéria de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 54. 2005.
- DIDIER, Fredie. *Editorial* 63. 15 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/>. Acesso em: 09 nov. 2010.
- EFING, Antônio Carlos; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. Analfabetismo Jurídico e Vulnerabilidade: desafios do direito do consumidor na sociedade da informação. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusula em contrato bancário? Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <http://pablostolze.ning.com/page/artigos-2>.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima; *et al. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina: a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 6. abr./jun., 1993.
- MIRAGEM, Bruno, Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 63. jul./set. 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, nº 3. set./dez. 1992.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. A Efetividade da Tutela Jurídica do Consumidor através da Atuação do Ministério Público. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Problemas de Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PAUL, Wolf. A Irresponsabilidade Organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REICH, Norbert. *Mercado y Derecho: Teoría y praxis del Derecho económico en la República Federal Alemana*. Barcelona: Ariel, 1985. Trad. AntoniFont.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed., São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. 1061530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22.10.2008, DJe 10.03.2009.

TRAJANO, Fábio de Souza. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 73, jan./mar. 2010.